

El papel del Derecho de la Información
en la Sociedad del Conocimiento

El derecho de acceso a la información pública

Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva
(Coordinador)

Ángel Conde Gómez -Carlos Cordero Sanz -Carlos Reusser Monsálvez-
Damián Loreti - Esther Martínez Pastor -Eugenio Ribón Seisdedos –
Eva Moraga Guerrero –Fernando Ramos Fernández –
Francisco Ciscomani Frenaner –Héctor Pérez Pintor - Helen Darbshire -
Irene Rodríguez García -Isabel Martín de Llano - José Luis Dader –
Lorena Donoso Abarca - Lorenzo Cotino Hueso –
Manuel Sánchez de Diego - Pablo Fernández Fernández –
Patricia Reyes Olmedo - Paz García-Poggio Baeza –
Raúl Arrieta Cortés -Sabela Serrano Maillo -Severiano Fernández Ramos



**Actas del Seminario Internacional Complutense
Madrid, 27 -28 junio 2007**



Vicerrectorado
de Cultura, Deporte
y Política Social de la UCM



Facultad de
Ciencias de la Información



Portada : Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad
Complutense de Madrid vista desde el Noroeste

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel (Coordinador) y
otros: *El derecho de acceso a la información pública*. Imprime CERSA Madrid,
2008

CDU 351.751

ISBN: 978-84-96854-82-6

Depósito Legal: M-24841-2008

Presentación

Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva
Coordinador
manuel@ccinf.ucm.es

El 27 y 28 de junio de año 2007 tuvo lugar en la Facultad de Ciencias de la Información de la UCM el Seminario Internacional Complutense que bajo el título “El derecho de acceso a la información pública” reunió a especialistas nacionales e internacionales en la materia.

El antetítulo del Seminario Internacional, “El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento”, tiene como objetivo servir de referente habitual a especialistas en la regulación jurídica de la comunicación.

Como en todos estos actos es obligado realizar una serie de agradecimientos que siempre se quedan cortos y, en algunos casos olvidan a quienes los deberían recibir. Con las disculpas de antemano por las omisiones y como es de “bien nacidos ser agradecidos” comenzaremos mostrando nuestra gratitud a la Universidad Complutense y en especial a la Oficina de Relaciones Internacionales –a la titular del Vicerrectorado de Relaciones Internacionales y a los funcionarios que apoyaron con su labor este seminario-, al Vicerrectorado de Cultura, Deporte y Política Social –que financia parcialmente este libro-, a la Facultad de Ciencias de la Información –en particular a su Decano y a la Vicedecana de Gestión y Asuntos Económicos- que apoyó con algo tan prosaico y necesario como las comidas y cafés, lugares de encuentro y debate. También a Access Info que nos permitió contar con ponentes de la talla de Helen Darbshire, Carlos Cordero, Eva Moraga o Francisco Ciscomani.

Agradecemos también a todos lo que participaron en el Comité Científico y en la organización, en especial a Sabela Serrano, Irene Rodríguez y Marta Vidal por su buen humor y su trabajo antes, durante y después del Seminario Internacional. Tampoco podemos olvidar a los profesores de la Sección Departamental que moderaron, hicieron de relatores y, participaron eficazmente en el encuentro incluso como meros asistentes.

Y, por último, gracias a todos lo intervinientes, tanto como ponentes o panelistas en mesas redondas, como a los que asistieron a las jornadas, preguntaron, debatieron y, en definitiva, participaron durante estos dos días. El Seminario no estaba dirigido a un público masivo, se trataba de un encuentro de especialistas en el derecho de acceso a la información pública y, en ese sentido, conseguimos el objetivo que nos propusimos: realizar una reunión sobre un tema propio del derecho de la información.

La inauguración la realizó el catedrático de Derecho de la Información, doctor Teodoro González Ballesteros. La clausura corrió a cargo de don Héctor Casado López, Director General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano de la Comunidad de Madrid. Entre ambos actos, participaron personas venidas de Argentina, Chile, Brasil,

México, Italia o Gran Bretaña. Por limitaciones presupuestarias, no pudieron asistir de Bolivia, Uruguay, Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana, Portugal y Venezuela. De España intervinieron profesores de Cádiz, Valencia y, por supuesto, de Madrid. En total estuvieron presentes seis universidades españolas y tres extranjeras. La representación institucional abarcó desde el Congreso Nacional de Chile hasta el Ayuntamiento de Madrid, pasando por el Instituto Federal de Acceso a la Información de México, la Comunidad de Madrid, la Asociación de Archiveros Españoles en la Función Pública, etc.

El seminario ha servido para reunir a investigadores, académicos, abogados, periodistas, funcionarios (un Subdirector y un Director General, un jefe de Gabinete de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile), políticos, miembros de ONGs, de asociaciones de consumo, alumnos de doctorado...

Aunque siempre hay errores y hemos aprendido de ellos, y la evaluación final es claramente satisfactoria. Ahora es necesario mantener esa relación, esa red de todo lo que hemos compartido. Este libro trata de cumplir ese objetivo: mantenernos en contacto y recordar lo que dijimos.

El libro recoge veintidós aportaciones. Hay algunas carencias importantes –incluso faltan una relatoria-, pero el interés de editarlo cuanto antes, sólo nos ha permitido incluir aquellas que nos remitieron en el plazo establecido.

Los escritos se han recogido por orden de intervención, con las comunicaciones al final. La excepción es el escrito del coordinador. Inicialmente se iba a colocar al final como en otras ocasiones, pero consideramos que era importante abrir este libro con una referencia al “acceso”. La palabra genera tanta confusión que hemos creído importante exponer al principio esta cuestión.

Sin ánimo de desvelar el contenido y los trabajos de los autores, sí me parece interesante agruparlos con un criterio más lógico que el cronológico.

Comencemos por la excelente labor de Helen Darbishire que sintetiza el panorama internacional sobre acceso a la información pública. Carlos Cordero, miembro de la Coalición Pro Acceso y quizás una de las personas que mejor conoce la realidad española del “no” acceso a la información pública –pues Sustentia ha realizado el primer informe sobre ello- presenta las nueve propuestas para una ley española de acceso a la información pública. Eva Moraga, de Access Info, una auténtica estratega y activista a favor de una ley española de acceso a la información pública, reflexiona y explica los puntos clave de una posible y futura ley. Eugenio Ribón, destacado abogado especialista en temas de consumo, defiende la necesidad del derecho de acceso a la información desde la perspectiva del consumo. Su aportación podría significar el arranque de otro seminario más especializado en consumo e información. Ángel Conde, Subdirector General de Atención al Ciudadano, de la Comunidad de Madrid, expone desde la perspectiva de la administración cómo se está actuando en materia de transparencia como elemento esencial de unos servicios públicos de calidad.

El libro contiene varios sólidos y críticos estudios jurídicos sobre la cuestión que nos ocupa. Del profesor de Derecho Constitucional Lorenzo Cotino, cualquier reseña en esta presentación sería insuficiente, sólo diré que su extenso conocimiento de la normativa, su perspicaz análisis y su expresión mordaz hacen de su artículo un importante punto de referencia. Un último consejo: no se pierdan sus notas a pie de página. Otro gran escrito jurídico corresponde al otro gran especialista en la materia, el administrativista Severiano Fernández Ramos. Su planeamiento claramente positivista se completa con reflexiones sobre la necesaria regulación a nivel estatal, autonómico y local; la imprescindible formación de los funcionarios y la coordinación con la Ley de Protección de Datos. Invirtiendo los apellidos, el doctor Fernando Ramos Fernández, profesor de Derecho de la Información, reputado experto en protocolo y relaciones públicas, que en el último momento no pudo asistir por el motivo familiar más duro e inevitable, presenta una comunicación con un enfoque más político. La intervención de este doctor por la Sección Departamental de Derecho Constitucional se recoge en forma de escrito agudo en el que además de realizar una vinculación efectiva entre este derecho, la función de los periodistas y la necesidad de controlar al poder, recoge sintéticamente el estado de la cuestión en seis países. La comunicación del futuro doctor Pablo Fernández Fernández viene a incidir sobre la importancia de la labor informativa y el acceso a la información por parte de los periodistas. El catedrático de Periodismo, José Luis Dader, ya no nos sorprende con su redacción que supera la mordacidad e ingenio de todos los que participan en el libro. A ello se une un conocimiento extraordinario del derecho español. Entre otras cuestiones afronta el asunto de “el esperpento del censo promocional” o la publicidad de las sentencias de los maltratadores. En éste último caso, si me limitase a decir que con experiencia personal, podía llevarnos a confundirle con un maltratador. No es así, su experiencia se refiere a la demanda de información a la Comunidad de Castilla La Mancha sobre las sentencias de maltratadores, pero es mejor que lo lean en su artículo.

El tercer bloque de escritos, el más abundante, recoge las aportaciones sobre la realidad, la normativa y las acciones de futuro en Chile –de Lorena Donoso, Carlos Reusser, Patricia Reyes y Raúl Arrieta- México –Francisco Ciscomani y Héctor Pérez Pintor- y Argentina –Damián Loreti. Pensemos que la contribución chilena es sumamente importante después de la sentencia de 19 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Claude Reyes y otros *versus* Chile en donde se viene a reconocer el derecho de acceso a la información pública. Damián Loreti participó en ese caso como *amici curiae* como profesor de la Cátedra UNESCO-Libertad de Expresión de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata. Además, este profesor argentino, doctor por la Sección Departamental de Derecho Constitucional de Ciencias de la Información (UCM), presentó no solo la realidad argentina, también la acción de monitoreo que se realiza desde la Universidad de Buenos Aires (Zommer, Laura: “Alumnos y docentes de la Universidad de Buenos Aires monitorean en forma sistemática el cumplimiento de las normas de acceso a la información vigentes en la Nación Argentina y la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires (Decreto 1172/3 y Ley 104 CABA)- Tercer informe, *Documento de trabajo de la cátedra de Derecho a la Información Aguiar-Loreti*, Buenos Aires, junio de 2007). Sumamente valiosa es la aportación de Francisco Ciscomani desde la actividad del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) organismo mexicano encargado de poner en funcionamiento y de velar por la Ley Federal de Acceso a la Información Pública. Se completa este artículo con la visión más académica de otro doctor por la Sección Departamental y profesor de la Universidad de Michoacana, el doctor Héctor Pérez Pintor.

Por último, dos interesantes comunicaciones de dos profesoras sobre dos cuestiones muy concretas. La primera a cargo de la profesora doctora M^a Isabel Martín del Llano de la UNED sobre el acceso a la información a través de la página web del Congreso de los Diputados. Pensemos que hasta la VIII Legislatura, el sueldo de diputados y senadores era casi un secreto de estado y ahora se puede consultar en la página web. La doctora -también por la Sección Departamental de Derecho Constitucional- Esther Martínez Pastor de la Universidad Rey Juan Carlos afronta la transparencia de la publicidad institucional con un interesante artículo con datos de la inversión publicitaria de las Administraciones Públicas.

Seguramente en este libro encontrarán reiteraciones, discrepancias y argumentaciones diversas, pero eso sí, todas ellas a favor de un derecho a acceder a la información pública, quizás porque negar su necesidad no es coherente con los tiempos que vivimos. Cualquier sugerencia, discrepancia o aportación que consideren oportuna, pueden hacérsela llegar por correo electrónico a la dirección manuel@ccinf.ucm.es

Un derecho fundamental a acceder a la información pública

*Dr. Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva
Universidad Complutense de Madrid
manuels@ccinf.ucm.es*

Introducción

Acceso a...

Cuando utilizamos la palabra acceso podemos referirnos a muchas cosas. La polisemia de la palabra exige que se acompañe de otras que vengan a matizar su significado. Por acceso podemos entender desde un acceso carnal¹, a un lugar físico: a una dependencia, una casa, una localidad, un país... o el logro de un bien: acceso a la propiedad, acceso a una vivienda de alquiler.... Como derecho, son muchas las referencias: acceso a la cultura, a la educación, al autogobierno; el derecho de acceso a los medios de titularidad pública, acceso a Internet y a la banda ancha, a la jurisdicción, a las prestaciones de la seguridad social, a los servicios sociales o los derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena Administración –tal y como proclama el artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Incluso podríamos diferenciar cuándo se refiere a un derecho genérico o concreto –en este caso instrumentalizado como un auténtico derecho subjetivo.

Como podemos comprobar, el empleo de la palabra acceso nos abre un amplio abanico de posibilidades que, incluso cuando se emplea en el mundo del Derecho, se refiere a una multitud de conceptos que poco tienen que ver entre sí. Buena prueba de ello es que al realizar una búsqueda en bases de datos jurídicos utilizando la palabra “acceso” se obtienen resultados de lo más variados, en definitiva, información “con mucho ruido”.

Acceso en la Constitución de 1978

Incluso en la Constitución Española de 1978, aparecen diferentes conceptos asociados a la palabra **acceso**. Si realizamos un seguimiento minucioso de los preceptos constitucionales, podemos encontrar referencias a la palabra “acceso” en los siguientes artículos: el 20.3² con el acceso a los medios de comunicación social dependientes del

¹ La segunda acepción del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=acceso

² Art. 20.3: “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará **el acceso** a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

Estado; el 25.2³, referido al acceso a la cultura de los presos; el 44.1⁴, con el acceso a la cultura de todos; el 103.3⁵, el acceso a la función pública; el 105-b), acceso a los archivos y registros administrativos; el 110.2⁶, con el acceso de los miembros del Gobierno a las sesiones y comisiones de las cámaras legislativas y el 129.2⁷ con el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Estas siete referencias se completan con aquellas que incluyen la palabra **acceder**: artículo 23.2⁸ -como derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, en este caso relacionado con el 103 antes citado- ; y el 143.1⁹ y 151.21^a ¹⁰. Estos dos últimos preceptos plantean el acceso al autogobierno, instrumentalizado a través de las Comunidades Autónomas.

³ Art. 25.2: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al **acceso** a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

⁴ Art. 44.1: “Los poderes públicos promoverán y tutelarán el **acceso** a la cultura, a la que todos tienen derecho”.

⁵ Art. 103.3: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el **acceso** a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

⁶ Art. 110.2: “Los miembros del Gobierno tienen **acceso** a las sesiones de las Cámaras y a sus Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas, y podrán solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus Departamentos”.

⁷ Art. 129.2: “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el **acceso** de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

⁸ Art. 23.2: “Asimismo, [los ciudadanos] tienen derecho a **acceder** en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

⁹ Art. 143.1. “En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán **acceder** a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos”.

¹⁰ Art. 151. 2: “En el supuesto previsto en el apartado anterior [acceso a la autonomía por la vía del artículo 151], el procedimiento para la elaboración del Estatuto será el siguiente:

1ª El Gobierno convocará a todos los Diputados y Senadores elegidos en las circunscripciones comprendidas en el ámbito territorial que pretenda **acceder** al autogobierno, para que se

Acceso a los archivos y registros administrativos

De todos ellos, es el párrafo b) del artículo 105 de la Constitución Española (CE) el que se refiere al concepto que más nos interesa en cuanto que supone el conocimiento de la información contenida en archivos y registros administrativos. El artículo 105 dice:

“La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos, administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

La ubicación de este precepto -dentro del título **IV Del Gobierno y de la Administración**- parece descartar, al menos inicialmente, que se trate de un auténtico derecho fundamental. Aunque ello es discutible si consideramos que la Constitución ha de interpretarse de forma global. Más adelante desarrollaremos esta cuestión.

Este precepto proclama de forma indirecta la publicidad de la acción de la Administración Pública. En toda la Constitución española de 1978 no existe la palabra “transparencia” o similar. Una futura reforma debería introducirla, seguramente en el párrafo 1º del artículo 103. La sociedad de la información, como un estadio más evolucionado del estado social de derecho, se caracteriza por la participación real y eficaz de los ciudadanos, pero para ello se precisa la transparencia de la acción administrativa como cuestión previa que permita, a cualquiera, acceder a la información en manos de los poderes públicos para poder participar en la vida pública de forma efectiva. Se trata de un principio inherente a una Administración democrática y participativa que se corresponde con los párrafos a y c del mismo artículo 105. En este sentido es procedente citar la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 102/1995 (Pleno), de 26 junio que dice: “La audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente está prevista por el texto constitucional [artículo 105 a) y c) CE], que defiere su configuración a la Ley, tanto aquella que estatalmente regule el procedimiento común ordinario o los especiales, como las normas producidas en su ámbito por las Comunidades Autónomas para los suyos propios, entre ellos el de elaboración de disposiciones generales que responde al significado semántico, primero y principal, de la autonomía en la acepción estricta de la palabra. Se trata, pues, de un principio inherente a

constituyan en Asamblea, a los solos efectos de elaborar el correspondiente proyecto de Estatuto de autonomía, mediante el acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros”.

una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como de una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (artículos 1, 31.2 y 103 CE)..."

Más concreta es la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000¹¹ en cuyo fundamento jurídico 5º se dice: "El derecho de acceso a los registros y documentos administrativos constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación. **Está enraizado en el principio de transparencia administrativa**, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos."

Creemos que es importante señalar esta doble dimensión de la cuestión: el acceso a la información pública como derecho de los ciudadanos y como exigencia de una administración transparente. Esta idea de una administración transparente es el resultado de una evolución histórica que aún no ha concluido y cuyas líneas maestras expondremos más adelante. Además nos encontramos con un derecho de tercera generación, un nuevo derecho de los ciudadanos que será desarrollado en otro apartado de este mismo trabajo. Pero antes de desarrollar estas dos ideas, es preciso abordar con carácter previo cual es el objeto sobre el que se proyecta este derecho o, si lo contemplamos desde la perspectiva de la transparencia, sobre qué materia se ha de realizar la transparencia.

Información pública

Utilizamos diferentes expresiones después de la palabra acceso, todas ellas referidas a ese concepto inicial que tiene una doble valencia: como derecho fundamental y como transparencia administrativa. Así nos referimos a "acceso a la documentación administrativa, a los expedientes, a los registros públicos, a los archivos públicos, a la información ..."

Entendemos que pueden diferenciarse, al menos inicialmente, tres paradigmas:

- *Documentos /Expedientes*
- *Archivos/Registros*
- *Información*

Los tres están interconectados, incluso no habría inconveniente en utilizarlos como sinónimos, pero creemos que es importante realizar una labor de precisión que nos permita acercarnos a la problemática que centra nuestro análisis.

La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, se refiere al **documento** al fijar su objeto en su artículo 1, cuando dice:

¹¹ Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª de 14 noviembre 2000 (marginal Aranzadi RJ 2001\425).

*“La presente Ley tiene por objeto la regulación básica del régimen jurídico aplicable a la reutilización de los **documentos** elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público.*

*La aplicación de esta Ley se hará sin perjuicio del régimen aplicable al derecho de acceso a los **documentos** y a las especialidades previstas en su normativa reguladora”.*

Obsérvese la diferencia que existe entre el título de la Ley –reutilización de la **información** del sector público- y el objeto de la Ley que gravita sobre el concepto de documento. Esta idea del documento se reitera en el artículo 3 de la mencionada Ley al referirse al ámbito objetivo de aplicación. El concepto que utiliza en el párrafo 2º *in fine* de dicho artículo 3: “*Se entiende por documento toda información cualquiera que sea su soporte material o electrónico así como su forma de expresión gráfica, sonora o en imagen utilizada. A estos efectos no se considerarán documentos los programas informáticos que estén protegidos por la legislación específica aplicable a los mismos.*” Recuperando así el concepto de información, aunque es posible que un documento no incorpore nada más que datos¹².

Una concepción estática o material entendería que documento es “toda incorporación de un mensaje a un soporte que deba ser conservado”¹³. Esa fijación en un soporte tiene

¹² Para diferenciar entre dato, información y conocimiento se utiliza el siguiente ejemplo: Un dato es -3. Una información es 3 grados bajo cero (-3) en un termómetro que se encuentra en la ventana fuera de la casa. El conocimiento supone que hace frío, por lo que cuando salgamos a la calle deberemos abrigarnos.

Raúl MARMOLEJO VÉLEZ señala que “los datos son eventos aislados [el -3 puede hacer referencia al sótano 3º, al saldo negativo de una cuenta corriente...], pueden ser un número, una palabra o el nombre de un cliente. Por sí mismos no son muy útiles, sin embargo, al agruparlos, ordenarlos y clasificarlos se transforman en información [en el ejemplo el -3 se ubica en un termómetro que mide la temperatura fuera de la casa], la cual es necesaria para poder tomar decisiones, como a qué precio vender, qué mercados atacar o qué línea de productos lanzar.

La información resulta ser muy útil, pero cuando ésta se mezcla con experiencia y repetición, se logra algo más valioso aún, el conocimiento [en el ejemplo la información, una temperatura de -3, se pone en relación con la experiencia “térmica” de la persona, que extrae la conclusión que hay que abrigarse para salir a la calle]. Conocer es saber de antemano qué camino tomar, es un conjunto de paquetes de información que nos ayudan a crear ventajas competitivas frente a nuestros adversarios. El conocimiento, si es utilizado de la manera más adecuada puede evolucionar y convertirse en sabiduría” ([http://www.hipermarketing.com/nuevo%204/CONTENIDO / estrategia%20y%20mkt/inteligencia/ nivel3gestiontodos.html](http://www.hipermarketing.com/nuevo%204/CONTENIDO/estrategia%20y%20mkt/inteligencia/nivel3gestiontodos.html)). Las referencias entre corchetes “[]” son propias.

Con mayor precisión y con referencias a aportaciones anteriores sobre la diferencia entre dato, información y conocimiento puede consultarse MARTÍNEZ USERO, José Ángel: “La gestión del conocimiento en la Administración Electrónica”. Madrid, 2007. Páginas 31-39.

¹³ DESANTES GUANTER, José María: “Universidad y Derecho de la Documentación”. Madrid, 2001. Página 80.

una finalidad inmediata. En palabras de José LÓPEZ YEPES “... solo la fijación de ideas o datos permite su conservación, su transmisión, su interpretación, su utilización en una palabra. Pues bien, el documento –*enseñanza* en sentido etimológico- es el instrumento inventado por el hombre para hacer posible tales deseos de conservar y describir la realidad pensada, vivida o imaginada en todas sus formas”¹⁴. Esta trascendencia temporal se completa con una finalidad mediata: “documento es el mensaje incorporado a un soporte y conservado para hacer efectivo el derecho a la información”¹⁵.

Más técnica y centrada en el documento como medio de prueba, es la definición que aporta ORMAZÁBAL cuando dice: “hay que concluir que la noción de documento de la que parte el legislador [de la Ley de Enjuiciamiento Civil] es la de soporte u objeto mueble, fácilmente trasladable a presencia judicial, susceptible de ser copiado o reproducido también con facilidad, y capaz o idóneo para incorporar signos gráficos -de escritura u de otro tipo- inmediatamente legibles o visualizables”¹⁶.

La definición del artículo 26 del Código Penal recogen a nuestro juicio los elementos importantes del documento: el continente –el soporte- y el contenido –los datos, informaciones...-. Dice dicho artículo: “*A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”. Únicamente queremos señalar que el documento no se limita a la eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, su función se amplía a la satisfacción de información, tal y como el profesor José LÓPEZ YEPES señala y hemos recogido antes.

Con independencia de la definición y de la problemática relativa a la autenticidad del documento que es especialmente interesante en los documentos electrónicos y que excede nuestra exposición, debemos de tener presente que nos estamos refiriendo a documentos en poder de la Administración Pública.

Por archivos/registros podemos identificar una organización estable de documentos e información. Se trata de un nivel superior al del documento. Un sistema de almacenamiento y recuperación de información cuya característica más sobresaliente se encuentra en la organización. La diferencia entre acceso al documento y acceso al archivo o registro –a nuestro juicio un tipo específico de archivo en el que se recogen determinados datos o informaciones según un discurrir temporal- podría centrarse en que en el caso del acceso al documento, éste se proporciona por el funcionario correspondiente. Por el contrario, cuando se accede a un archivo se está haciendo al sistema documental. Lo cual puede suponer inconvenientes –fundamentalmente derivados de la complejidad del propio sistema de archivo- o ventajas, pues una vez conocido el

¹⁴ LÓPEZ YEPES, José: “Los caminos de la información”. Madrid, 1997. Página 43.

¹⁵ DESANTES GUANTER, José María. *Ibidem*. Página 81.

¹⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: “Los prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos”. Madrid, 2000. Página 22.

sistema de recuperación de la información, se pueden obtener otra información más allá de la contenido en los documentos –por ejemplo información estadística: cuántos documentos hacen referencia a la exportación de muebles.

Como veremos, la referencia al acceso a información pública es, a nuestro juicio, más correcto pues implica que el ciudadano recibe aquel mensaje que tiene un sentido para él. El acceso a un documento o, incluso a un archivo puede suponer una acción fallida, cuando se obtienen datos sin sentido o cuando accediendo al archivo se desconoce la forma de obtener la información que se desea. Pese a que en principio se da acceso, en realidad no se cumple el derecho de acceso a la información pública. Por eso, cuando nos referimos al derecho de acceso a la información pública, lo hacemos con el convencimiento de que la personas tienen derecho no sólo a acceder a los documentos, o a los archivos, sino, en general, a la información pública, a la información en poder de la Administración Pública, incluso a aquella que se obtenga del tratamiento de los documentos en poder de la Administración.

Ya en su momento¹⁷ realizamos un esfuerzo para determinar qué criterios podrían emplearse para diferenciar entre información pública y privada. Para el caso que nos ocupa, la cuestión no reviste demasiada dificultad si acudimos al criterio de según quien detente la información¹⁸.

En efecto, el acceso a la información pública se aplicará a aquella que conste en los registros y ficheros en poder de las Administraciones Públicas, a los documentos y a la información que pueda inferirse de los sistemas informáticos. Ello no habilita a un acceso sin límites. Diferentes razones permitirán limitar el acceso o proporcionar la información de forma cercenada para preservar la intimidad –fundamentalmente borrando los nombres y circunstancias que hicieran identificables a los citados en el expediente-, la averiguación de los delitos o la seguridad nacional.

La transparencia de la acción de Estado.

De la confidencialidad administrativa a la transparencia

En el continente europeo la mayoría de los países¹⁹ han mantenido en los últimos siglos el principio de confidencialidad de los documentos administrativos. Se han

¹⁷ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel: *Criterios delimitadores de lo público y lo privado* en VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio y AZNAR GÓMEZ, Hugo (Coordinadores): “Sobre la intimidad”. Valencia 1996. Páginas 215-231.

¹⁸ Ibidem. Página 225.

¹⁹ Ya es conocido que los ciudadanos suecos tienen derecho a acceder a los documentos que estén en manos de las autoridades desde el siglo XVIII. En concreto el artículo 10 de la ley fundamental sobre libertad de prensa de 2 de diciembre de 1766 autoriza a todos los ciudadanos a consultar los expedientes en manos de las autoridades.

empleado muy diversos argumentos para explicar dicho principio de confidencialidad: el continuismo histórico propio de Estados absolutistas, la eficacia administrativa, la protección de la intimidad o el honor de los particulares, los secretos de estado, la actitud recelosa de los funcionarios a perder su "poder" ... Esta actitud se mantiene hoy en día incluso por parte algún representante de la soberanía popular que alega su derecho a la intimidad para oponerse a que la Secretaría de la Cámara informe sobre si ese diputado asistió a un determinado pleno y cual fue el sentido de su voto según el marcador electrónico del hemiciclo.

Cuando nos referimos al continuismo histórico estamos aludiendo a que la quiebra del régimen absolutista no supone la apertura de la Administración Pública. Ni en las monarquías ilustradas que se rigen por el principio de "todo para el pueblo, pero sin el pueblo", ni en los sistemas revolucionarios en los que se equipara la confidencialidad de los documentos administrativos al secreto del rey del Antiguo Régimen. En palabras de DESANTES, "en los regímenes postrevolucionarios, la Administración ha conservado su autoritarismo. Entre otras razones porque era consciente de su continuidad, que reducía los inconvenientes de la inestabilidad política y de la calidad de «aficionados» o «internos» de los cargos designados por razones políticas"²⁰.

Max WEBER puso de relieve el fenómeno burocrático de los "secretos oficiales" cuando afirmó la tendencia de todas las burocracias a "aumentar la superioridad de los profesionalmente informados manteniendo en secreto sus conocimientos e intenciones. La administración burocrática siempre tiende a ser una administración de «sesiones secretas»: en la medida de lo posible, oculta a toda crítica sus conocimientos y sus acciones"²¹.

El principio del secreto de la Administración Pública comienza a quebrarse, tímidamente, cuando se reconoce el derecho del administrado a conocer el expediente del que es parte. Esta apertura de los archivos administrativos es sólo una primera fase en la que no se defiende la transparencia de la gestión administrativa *per se*, sino el derecho de defensa del administrado.

Encontramos que la confidencialidad también se resquebraja cuando son los propios miembros de la institución –en muchos casos desde instancias políticas de la oposición– quienes ejercen el derecho de acceso. Se trata de fiscalizar la actuación pública mediante el acceso a la información: tal es el caso de los representantes políticos de la oposición, como los concejales que reclaman información sobre su propio Ayuntamiento o de miembros del Claustro Universitario sobre el funcionamiento de la universidad. La legitimidad de este acceso tiene su razón de ser en la representación política y, más concretamente, en la función de control político que se ejerce.

²⁰ DESANTES GUANTER, José María: "Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación". Madrid, 1987. Página 132.

²¹ WEBER, Max: *Burocracia* en "Ensayos de sociología contemporánea". Ediciones Martínez Roca. Barcelona, 1972. Páginas 285-286

Otro aspecto a señalar en la quiebra de la confidencialidad administrativa se produce cuando la documentación se pone a disposición de los investigadores, eso sí, cuando se trata de documentos “ya históricos y carentes de interés para el Estado”²², aunque como precisa CRUZ MUNDEZ y MIKELARA PEÑA “la información estratégica, la que confiere privilegios a quien la posee, continuaba estando al servicio de la gestión del poder y vedada a los ciudadanos”²³.

Existe otra vía para promover la transparencia y que tiene su justificación en el tipo de materias, como es el caso de la información medio ambiental, la información laboral y de evolución de la empresa para los representantes de los trabajadores, la propia del consumo o la referida a las empresas con cotización en bolsa, en este caso en virtud de las normas de buen gobierno corporativo. Se trata de disposiciones sectoriales que obedecen a diferentes razones pero, en todo caso, sobre temas que se considera importante que los conozcan el público en general o determinadas personas.

A medida que existe una mayor conciencia social sobre el poder de la información, el principio de confidencialidad “ha sido progresivamente contestado, solicitándose desde diversas instancias sociales una inversión del sistema, mediante la conversión en regla del acceso a tales documentos, quedando la confidencialidad como excepción”, tal y como ya manifestó SOUVIRON MORENILLA²⁴. Se constata la aparición de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la corrupción, a promover la transparencia²⁵, y el buen gobierno democrático²⁶ o más concretamente, la adopción de normas que garanticen el derecho de acceso a la información pública²⁷.

Además, existe una referencia de la Unión Europea que antes o después habrá de repetirse en España. El principio de confidencialidad se impuso inicialmente en las nuevas instituciones comunitarias²⁸. Desde ese primer momento en el que la transparencia se refería únicamente a la publicación y motivación de los actos jurídicos comunitarios, se ha pasado a la actual política de transparencia que en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se recoge en el artículo 39 como derecho de la ciudadanía a una buena Administración:

²² CRUZ MUNDET, José Ramón y MIKELARENA PEÑA, Fernando: “Información y Documentación Administrativa”. Madrid, 1998. Página 315.

²³ Ibidem.

²⁴ SOUVIRON MORENILLA, José María: “Notas para una Ley sobre la información”. Presidencia de Gobierno. Madrid, 1980. Página 36.

²⁵ Transparency International España. <http://www.transparencia.org.es/>

²⁶ Open Society Institute & Soros Foundations Network. <http://www.soros.org>

²⁷ Access Info. <http://www.access-info.org>

²⁸ GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: “Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea”. Madrid, 2002. Página 25.

1.- *Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*

2.- *Este derecho incluye en particular:*

- *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;*

- *el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional de los asuntos;*

- *la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*

Este precepto se completa con el siguiente –el 40- dedicado al derecho de acceso a la documentación comunitario, del que daremos cuenta más adelante.

En la actualidad podemos referirnos a una correcta Administración Pública por razones tan diversas como su modernización, la transparencia de la gestión pública, la lucha contra la corrupción, la legitimidad que otorga una especial relación de confianza entre gobierno y gobernados, el desarrollo económico que puede suponer la reutilización de la información pública, entre otras.

El principio de transparencia

Hoy en día, no sólo como resultado de un proceso histórico, sino también por el ineludible carácter público, en la actuación del Estado rige -o al menos debería regir- el principio de transparencia -o de publicidad- de sus actuaciones. Como principio general lo encontramos formulado en el párrafo 5º del artículo 3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: “5. *En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación*”. Este principio de transparencia significa la posibilidad del ciudadano de conocer cuál ha sido el proceso que han seguido las instancias burocráticas para llegar a una determinada decisión, así como conocer quién ha dictaminado y, en definitiva, el porqué se ha realizado de una determinada forma.

Este principio se extiende al derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos y, tal y como señalamos antes, a la información en poder de la Administración. La justificación inicial reside en que la actuación estatal es “*res publica*” y, por lo tanto, de interés general. En último caso, se trata de una cuestión que tiene que ver directamente con la democracia, pues como manifiesta ALLEN “cuando se niega a los ciudadanos el acceso a información sobre los trabajos básicos de su gobierno se les niega también el ejercicio de su derecho al autogobierno”²⁹. Esta idea es común en la doctrina, pues “las personas adecuadamente informadas tienen los suficientes argumentos

²⁹ ALLEN, K.B.: “Acceso a información de las administraciones públicas” en *Fundesco*, nº 134, noviembre 1992. Página 11.

para opinar sustentadamente, participar en la definición y aplicación de acciones de carácter público que afectan directamente a su calidad de vida, controlar socialmente a las autoridades que las representan y sobre las que han depositado responsabilidades, debatir sobre problemas comunes y tomar decisiones para su presente y futuro. Todo esto es, sin duda, *¡ejercer poder ciudadano!*³⁰

La formulación de este principio de transparencia o publicidad de la actuación estatal, tendría como núcleo esencial la idea de que los ciudadanos tienen acceso en condiciones de igualdad a la información que poseen los poderes del Estado.

Este principio de publicidad de la actuación del Estado se recoge en la Constitución española cuando se hace referencia a la publicidad de las normas (artículo 9.2) reiterada en el artículo 91; a la publicidad de las sesiones plenarias de las Cámaras Legislativas (artículo 80); a que las actuaciones judiciales serán públicas y a que las sentencias se pronunciarán en audiencia pública (artículo 120).

Tipos de acceso

Desde el punto de vista jurídico podemos diferenciar las siguientes fórmulas de acceso a las fuentes de información:

- Interés /afectado³¹. En tanto que se tiene un interés directo y legítimo en el expediente en cuestión.
- Participación del interesado en un expediente administrativo tal y como viene exigido en el apartado c) del artículo 105 de la Constitución.
- Derecho de acceso del afectado, por estar sus datos incluidos en una base de datos –Ley Orgánica Protección de Datos-. Derecho que se tiene tanto sobre bases de datos públicas como privadas.

³⁰ CAMACHO AZURDUY, Carlos A.: “Cultura de Transparencia. El derecho humano a la información el desarrollo de la ciudadanía comunicativa en Bolivia (1997-2007)” La Paz, Bolivia. 2007.

³¹ Por interesado a efectos administrativos, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. 27 de noviembre de 1992) entiende en su artículo 31:

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes promuevan como titulares de derecho o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, si haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. *Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca*

- Derecho de acceso por participación en una institución. Tal es el caso de concejales sobre información municipal.
- Derecho de acceso genérico, que supone acceder a la información que poseen las Administraciones Públicas, en principio reconocido en el reiterado artículo 105 b) de la Constitución y especificado en el artículo 37 de la Ley 30/92, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Derecho que adquiere una dimensión de derecho constitucional cuando se pone en relación con el derecho a la información (párrafo 1º del artículo 20)

Las restricciones por el interés general y por el interés particular

Las diversas excepciones a este principio de publicidad de las fuentes oficiales tratan de salvaguardar determinada información al conocimiento público. Este secreto de la información puede obedecer a dos tipos de interés. Uno general, de toda la sociedad y otro particular referido a cada uno de sus miembros.

El interés general opera como causa de justificación de una excepción al principio general de publicidad antes formulado, en tanto en cuanto que trata de mantener fuera de la comunicación pública determinadas informaciones que de conocerse podrían dañar a la propia sociedad. Nos referimos con ello a la materia reservada, al secreto oficial -véase la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968 y su Reglamento de 20 de febrero de 1969, ambos modificados por la Ley 48/78 de 7 de octubre- y al secreto judicial tendente a la averiguación de los delitos -en este caso lo que primordialmente se trata de defender excede el interés en la solución del caso judicial concreto e iría hasta la defensa de la actuación de la Justicia en general.

El interés particular de sus miembros se encuentra protegido cuando la información se refiere a un individuo en concreto, -datos y hechos que afectan a la intimidad de la persona- y que se encuentran en poder del Estado.

Existen supuestos en donde se conjugan ambos intereses, tal es el caso de las actuaciones judiciales, en donde al interés por la eficacia de la justicia -interés general- se le superpone y suma un interés particular de los involucrados en el caso que quieren mantenerse en el anonimato, de no ver reflejada su vida en los medios de comunicación. a estas limitaciones dedicaremos un capítulo.

Valoración del párrafo b del artículo 105 de la Constitución Española

Ubicación

Es habitual referirse a la parte dogmática de una Constitución como aquella que contiene los derechos humanos, los principios y valores a los que debe someterse el poder. Frente a ella se opone una parte orgánica que determina los órganos constitucionales, sus poderes, sus funciones fundamentales y el equilibrio entre ellos. En definitiva, cómo se estructura el poder tanto estatal, como autonómico o local. Dentro de esta parte orgánica o como parte

independiente se distinguen los preceptos dedicados a la reforma constitucional³². En principio, parece que la Constitución Española de 1978 tendría una estructura que obedecería a esta distinción: el Título Preliminar y el Título Primero -De los derechos y deberes fundamentales- a la parte dogmática; los Títulos Segundo a Noveno corresponderían a la parte orgánica y el Título Décimo a la reforma constitucional.

El artículo 105 se encuentra dentro del Título IV designado como “Del Gobierno y de la Administración”. En definitiva, un precepto incardinado dentro de la parte orgánica de la Constitución y, por tanto, fuera del catálogo de derechos fundamentales. Aunque esta distinción deja de ser tan radical cuando consideramos que “... los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político. O sea, garantías negativas de los intereses individuales para devenir en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”³³, esto es, se integran como un límite interno en el mismo poder.

Es cierto que este artículo se refiere a la relación entre la Administración y los administrados: al contemplar la audiencia de los afectados y sus asociaciones en el procedimiento de elaboración de la normativa administrativa –párrafo a)-; a la audiencia del interesado, cuando proceda, en la producción de actos administrativos –párrafo c)- y; el acceso de los ciudadanos a los registros y archivos administrativos –párrafo b) del que nos ocupamos. En este sentido, si bien el enfoque se refiere a cómo debe proceder la Administración en relación con los futuros afectados, interesados o ciudadanos, según el desarrollo legislativo; también podemos considerar que se establece una posición de los administrados frente a la Administración, pues deben ser consultados, oídos y podrán acceder a los archivos de la Administración.

Desarrollo legislativo

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Ya nos hemos referido al artículo 3 de la Ley 30/1992 que introduce los principios de transparencia y participación en las relaciones entre Administración y administrados. Curiosamente la palabra transparencia –como ya apuntamos- es desconocida en la Constitución española de 1978 y por el contrario la palabra participación y sus derivadas se encuentra hasta en doce ocasiones³⁴.

³² Incluso se ha tratado de distinguir también un **constitución económica** que recogería todos los principios, orientaciones... de marcado contenido económico que orientan la política económica – libertad de empresa, planificación económica...- en definitiva, el sistema económico previsto en la constitución.

³³ PEREZ LUÑO, Antonio “ Los derechos fundamentales” Madrid, 1995. Página 21.

³⁴ Art. 6. Partidos políticos como instrumento de **participación** política.

La Ley 30/1992 viene a desarrollar legalmente el artículo 105 b) de la Constitución, tal y como se reconoce en el punto 9º de la propia exposición de motivos. Aunque en el párrafo 6º del artículo 37 de dicha Ley se remite a las disposiciones específicas para el acceso por parte de Senadores, Diputados, miembros de Asambleas de las Comunidades Autónomas o de Corporaciones Locales, así como para las materias clasificadas, los datos sanitarios, los archivos electorales, los archivos estadísticos, el Registro Civil, Registro Central de Penados y Rebeldes y los Archivos Históricos.

El artículo 35 de dicha Ley 30/1992 reconoce los “derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas” en concreto referidos a aspectos comunicativos³⁵ se cita en el párrafo H el acceso a los registros y archivos, después de

Art. 9.2. Poderes Públicos deben promover la **participación** en la vida política, económica, cultural y social.

Art. 23.1. Derecho a **participar** en los asuntos públicos

Art. 27.5. **Participación** efectiva de todos los sectores afectados en la programación general de la enseñanza

Art. 47. La comunidad **participará** en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Art. 48. La **participación** libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Art. 125 Los ciudadanos podrán **participar** en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado y los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

Art. 129.1. La **participación** de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

Art. 129.2. Promoción de las diversas formas de **participación** en la empresa.

Art. 142. **Participación** de las Haciendas locales en los tributos del Estado y las Comunidades Autónomas.

Art. 152. La **participación** de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales de su territorio.

Art. 157.1.a) Otras **participaciones** de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado.

³⁵ A) **A conocer**, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

B) **A identificar** a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

G) **A obtener información y orientación** acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

H) **Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes.**

recoger el derecho del interesado a conocer el estado de los procedimientos en los que participe y a obtener copias de los mismos -35 A)-; a identificar a las autoridades -35 B)- y a obtener información y orientación jurídica o técnica –artículo 35 G).

En particular el derecho de acceso a los registros y archivos se desarrolla en el artículo 37 que bajo la rúbrica “Derecho de acceso a Archivos y Registros” recoge:

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificados o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

A) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

B) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

C) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

D) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

E) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

6. Se regirán por sus **disposiciones específicas**:

- A) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.
- B) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.
- C) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.
- D) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.
- E) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.
- F) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.
- G) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de **obtener copias** o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

9. Será objeto de **periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas** sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

10. Serán objeto de **publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares** u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.

Varias son las consideraciones que podemos hacer de este artículo 37. El acceso se establece sobre **documentos y registros que formen parte de un expediente**. La picaresca administrativa utiliza la técnica de extraer de un expediente aquellos documentos o registros que pudieran ser comprometedores, incómodos o que aporten información que no se quiere que obtenga el ciudadano. Esta postura se ve reforzada por el párrafo 7º del reiterado artículo, cuando se establece que el ejercicio del derecho de

acceso se hará mediante petición individualizada, pues **“de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos** debiéndose, a tal fin, **formular petición individualizada** de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias”.

En este punto debemos reivindicar el derecho de acceso a la información, en lugar de acceso a los documentos o archivos, pues el concepto de información es más amplio, tal y como hemos sostenido en el apartado titulado “Información Pública” de este mismo trabajo. Realmente es difícil que quien quiera acceder, sepa exactamente el documento que está buscando, en que expediente se localiza y dónde se encuentra archivado. Es cierto que a los investigadores se les puede permitir un acceso directo a los archivos pero, *a sensu contrario*, a los que no son investigadores, no se les permite ese acceso. Por eso se hace necesario que la Administración Pública se ponga al servicio del ciudadano que solicita una información con independencia de que se encuentre en un expediente, en varios o en los registros de la propia Administración Pública. Para ello será necesario modificar no sólo la normativa, también la mentalidad y la forma de trabajar de los funcionarios.

Además de las excepciones previstas en la Constitución en el acceso a los archivos y registros públicos: seguridad nacional –también recogido en el artículo 37 párrafo 5 B) y 6 A)-, intimidad –párrafos 2 y 6 B)- averiguación de los delito –párrafo 5 c)-, se observa la inclusión de otros límites en reiterado artículo 37:

- Párrafo 1º. Expedientes que correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.
- Párrafo 3º. Datos nominativos no íntimos, sólo accederán los titulares o quienes acrediten un interés legítimo y directo.
- Párrafo 3º. Los de procedimientos sancionadores y disciplinarios.
- Párrafo 4º. El interés público.
- Párrafo 4º. Los intereses de terceros más dignos de protección o cuándo los disponga una Ley.
- Párrafo 5º apartado A) Actos de gobierno de Comunidades Autónomas y del Gobierno de España.
- Párrafo 5º apartado D). Secreto comercial o industrial.
- Párrafo 5º apartado E) Actos de política monetaria.
- Párrafo 7º. La eficacia del funcionamiento de los servicios públicos que exige realizar una petición individualizada.

Como puede comprobarse, este artículo 37 de la Ley 30/92 no desarrolla un auténtico derecho de acceso, trata más bien de desvirtuar el derecho de acceso reconocido en el artículo 105 b) o, al menos, de limitarlo aún más. Se trata de una norma que contempla el problema desde la perspectiva administrativa. Para la Administración lo fundamental es el funcionamiento de la propia organización administrativa y el cumplimiento de sus

finés, no la satisfacción de los intereses de los administrados y, menos, el ejercicio de un derecho que podría calificarse desde esta perspectiva como sumamente dudoso en su apoyatura constitucional. Por ello no debemos extrañarnos lo realmente difícil que supone el ejercicio del derecho de acceso. En algunos casos, será la petición por parte de la Administración de que el solicitante demuestre su interés, tal es el supuesto que se da cuando “el Alcalde del Ayuntamiento demandado recabó de la solicitante la aportación del documento en que acredite su interés”³⁶. Aún acreditándolo, la autoridad puede recurrir al silencio, para no permitir el acceso.

En particular la excepción de la “eficacia del funcionamiento de los servicios públicos” permite denegar sin más, cualquier petición de información que no se encuentre perfectamente individualizada³⁷. Y aún en este caso, existen múltiples excepciones como las antes citadas y la posibilidad de extraer de un expediente determinados documentos o informaciones para que, de esa forma, la solicitud de acceso se resuelva de forma insatisfactoria.

Otras normas sobre derecho de acceso

La Ley 30/1992 no es la única que se refiere al acceso a la información pública, aunque sea la referencia obligada como desarrollo del artículo 105 b de la Constitución a nivel estatal. En el ámbito local, el artículo 69.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone que las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad, precepto que se complementa con el apartado 3 del art. 70 que señala que “*todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones Locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del art. 105, letra b) de la Constitución*”.

Reglamentariamente el artículo 207 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales dispone que *todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de los órganos de gobierno y administración de las Entidades locales y de sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del art. 105 b) CE. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada*. En este caso parece que las

³⁶ Tal es el supuesto que se da en la sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid núm. 491/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 4 junio.

³⁷ Esta falta de individualización de la petición permite rechazar parte de las peticiones de acceso por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 336/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 16 julio.

limitaciones sólo son las recogidas en la Constitución y para alegarlas se exige resolución motivada.

Además de las normas estatales y locales debemos citar la normativa de las Comunidades Autónomas que no abordaremos en este trabajo, pues por sí sola podía ser objeto de todo un estudio propio.

Existen también disposiciones específicas en relación con la materia³⁸ como es el caso de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, vigente hasta el 20 de julio de 2006 que fue sustituida por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE. Esta última norma sigue las directrices marcadas por el Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en Aarhus el 25 de junio de 1998.

Los tres pilares sobre los que se asienta la norma vienen fijados en el largo nombre del Convenio de Aarhus:

- acceso a la información medioambiental;
- participación del público en los asuntos medioambientales;
- protección judicial –llamado acceso a la justicia- en caso de vulneración de los derechos reconocidos en la misma Ley.

Como normas específicas en relación con los sujetos, podemos citar el artículo 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, que se reproduce en el párrafo 2º del artículo 20 del Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994 -salvo que en esta norma se refunden los dos párrafos en sólo uno-. El citado artículo 7 dice:

1. Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas.

2. La solicitud se dirigirá, en todo caso, por conducto de la Presidencia del Congreso y la Administración requerida deberá facilitar la documentación solicitada o manifestar al Presidente del Congreso, en plazo no superior a treinta días y para su más conveniente traslado al solicitante, las razones fundadas en derecho que lo impidan.

³⁸ El acceso a la información en virtud de la materia se desarrolla en la normativa específica de materia, tal es el caso de la información catastral de los artículos 50 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

Normas próximas al derecho de acceso a la información pública

A lo largo de la VIII Legislatura hemos asistido a la promulgación de diversas normas que sin afrontar directamente el derecho de acceso a la información³⁹, sí que inciden de alguna forma en el mismo y que fueron una oportunidad perdida para recoger este derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, si se hubiera incluido en algunas de estas normas que no tienen rango de Ley Orgánica, no se le estaría reconociendo su categoría de derecho fundamental. Estas disposiciones a la que hacemos referencia se han aprobado en el último semestre del año 2007:

- la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.
- la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.
- la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. que modifica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos viene a establecer el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos. Como puede comprobarse, la palabra acceso incorpora un concepto diferente al de acceso a la información, en aquel caso se refiere al modo, en este último al qué, al contenido.

Existen varias cuestiones que tienen relación directa con el derecho de acceso a la información. Comenzando porque en el artículo 4 se cita como uno de los principios el de accesibilidad a la información y a los servicios *“a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran”*. Como puede comprobarse este principio de accesibilidad está reconociendo implícitamente un derecho de acceso a la información pública, hasta el punto que se está refiriendo a la obtención electrónica de la información (y de los servicios) de **manera segura y comprensible**.

En el artículo 6, cuando se refiere a los derechos de los ciudadanos, encontramos otras referencias incompletas –y a las que les falta la raíz: el reconocimiento en toda su

³⁹ Pese a que en el programa electoral del PSOE del 2004 se incluía una propuesta para aprobar una ley de acceso a la información pública.

extensión del derecho de acceso a la información pública-. Así en el párrafo 2º se recoge el derecho:

d) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.

e) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.

El conocimiento del estado de tramitación del apartado d), párrafo 2º del artículo 6, se desarrolla en el artículo 37 de la misma ley mediante un procedimiento de acceso restringido que permitirá conocer *la relación de los actos de trámite realizados, con indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados*. Todo puede antojársenos muy limitativo: ¿Por qué no se permite el acceso a todo el expediente electrónico?

En el párrafo 3º del artículo 6 se establece de forma más concreta que *“en particular, en los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios, los ciudadanos tienen derecho a obtener la siguiente información a través de medios electrónicos:*

a) Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.

b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como de las asociaciones y organizaciones profesionales relacionadas con las mismas.

c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios y las vías de recurso en caso de litigio entre cualesquiera autoridades competentes, prestadores y destinatarios.

Mucho más interesante es la figura del Defensor del Usuario que esta norma crea en el artículo 7 y que bien pudiera realizar una función de autoridad independiente velando por el derecho de acceso a la información pública. En gran parte su eficacia dependerá del desarrollo reglamentario, de los recursos con los que se le dote, de si logra ser auténticamente independiente y, en definitiva, de su actuación.

Por último, en relación con esta Ley 11/2007 citaremos el artículo 45 sobre reutilización de sistemas y aplicaciones de propiedad de la Administración. En concreto cuando en el párrafo 2º dice: *“Las aplicaciones a las que se refiere el apartado anterior [desarrolladas por sus servicios o cuyo desarrollo haya sido objeto de contratación] podrán ser declaradas como de fuentes abiertas, cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información”*. Este precepto viene a poner a disposición de los ciudadanos un tipo de información especial generada dentro de

las Administraciones Públicas y que puede englobar desde programas de Software hasta tablas estadísticas, información agregada, etc. Este precepto nos sirve como eslabón para referirnos a la siguiente Ley.

Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público

En su exposición de motivos ya se dice que *“la Ley posee unos contornos específicos que la delimitan del régimen general de acceso previsto en el artículo 105 b de la Constitución Española y en su desarrollo legislativo, en esencia representado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este sentido resulta necesario precisar que **no se modifica el régimen de acceso a los documentos administrativos consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se aporta un valor añadido al derecho de acceso, contemplando el marco de regulación básico para la explotación de la información que obra en poder del sector público, en un marco de libre competencia...**”* Como en gran parte de la producción legislativa española, el origen de esta norma se encuentra en la Unión Europea, en concreto en la Directiva 2003/98/CE –lo que explica la referencia al marco de libre competencia- no en una necesidad propia de profundizar en el derecho de acceso a la información a partir de su reconocimiento como derecho fundamental, *desideratum* de parte de la doctrina.

Indudablemente el acceso a la información pública no tiene por qué suponer la reutilización de esa información. Ésta puede quedar para disfrute del ciudadano, puede solicitarse por un interés particular, como prueba en un proceso judicial, etc., pero en muchos casos el acceso se produce con una finalidad comercial, de investigación, como elemento previo o accesorio en el desarrollo de un producto, etc.

La vinculación entre derecho de acceso y reutilización de la información del sector público se refleja en el segundo párrafo *in fine* de la Ley 37/2007: *“Por otra parte, la publicidad de todos los documentos de libre disposición que obran en poder del sector público referentes no sólo a los procedimientos políticos, sino también a los judiciales, económicos y administrativos, es un **instrumento esencial para el desarrollo del derecho al conocimiento, que constituye un principio básico de la democracia.***

Como puede observarse esta última frase glosa una de los argumentos esenciales en favor del derecho de acceso a la información pública... argumento totalmente superfluo cuando se trata de la reutilización de información pública, contemplada en su vertiente puramente comercial.

Pero la mezcolanza entre acceso y reutilización sigue a lo largo del articulado. Por ejemplo cuando en el párrafo 3º del artículo 3 se fijan los documentos a los que no se aplica la Ley 37/2007, podemos comprobar que se está refiriendo en muchos casos al derecho de acceso:

- en el apartado a) del citado párrafo 3º del artículo 3 excluye de la reutilización de

los documentos aquellos sobre los que existan prohibiciones o limitaciones en el derecho de acceso (fundamentalmente el reiterado artículo 37 de la Ley 30 /1992) o restringen la publicidad registral con carácter específico.

- el apartado b) se refiere a las excepciones en relación con los documentos relacionados con actuaciones sometidas por una norma al deber de reserva, secreto o confidencialidad. Ciertamente es que el mismo precepto se refiere a los relacionados con la seguridad, la defensa nacional, el secreto estadístico o la confidencialidad comercial, pero también hay que considerar como norma en la Administración, que el funcionario actúa de forma confidencial. Se trata de una situación de “miedo” a decir algo que no guste al superior jerárquico. Si no existe una obligación de entregar la información, esta excepción genérica de deber de reserva se puede convertir en un auténtico muro o en una justificación que impida el acceso a la información y, por lo tanto, la reutilización de la misma.
- el apartado c) excluye la aplicación de la Ley “a los documentos para cuyo acceso se requiera ser titular de un derecho o interés legítimo”.
- el apartado d) que se refiere a “los documentos que obran en las Administraciones y organismos del sector público para finalidades ajenas a las funciones de servicio público que tengan atribuidas definidas con arreglo a la normativa vigente”. La cuestión que se nos plantea es ¿y qué hace esa información en esa dependencia, administración u organismo? Ya no sólo por una cuestión organizativa, pues está ocupando espacio, generando un ocultamiento de otra información que sí que debe estar en esa dependencia; también porque si se trata de datos personales, se estaría vulnerando el principio de pertinencia de los datos. Se trata por tanto de un precepto que viene a reconocer una situación anómala, pero que se da en la realidad. Lo que demuestra un interés, parece que general, de abarcar cuantos más datos, mejor –al igual que las competencias.
- Además se excluyen los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual o industrial por parte de terceros (apartado e). Los documentos conservados por las entidades que gestionen los servicios esenciales de radiodifusión sonora y televisiva y sus filiales (apartado f). Los que se conserven por instituciones educativas y de investigación, tales como centros escolares, universidades, archivos, bibliotecas y centros de investigación, con inclusión de organizaciones creadas para la transferencia de los resultados de la investigación (apartado g), así como por instituciones culturales tales como museos, bibliotecas, archivos históricos, orquestas, óperas, ballets y teatros (apartado h).
- Por último, el párrafo 4º del reiterado artículo 3 viene a completar la confusión entre acceso y reutilización: “lo previsto en esta Ley no restringirá las previsiones más favorables que sobre acceso o reutilización se establezcan en las leyes sectoriales”.

En realidad esta confusión es lógica, dado que el acceso a la información pública es un presupuesto de la reutilización. Quizás en la Ley 37/1007 deberían haberse deslindado

con mayor precisión ambos conceptos. Incluso la solicitud de información va a determinar una de las modalidades de reutilizar la información (artículo 4) –libre, con licencia-tipo y previa solicitud con condiciones en la licencia.

Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. que modifica la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información no se limitó a modificar la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; también modificó, entre otras, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Lo más significativo de esta norma fue el intento fallido de incluir una disposición adicional titulada acceso a la información pública, en la que se insta al Gobierno a enviar en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor de la Ley un proyecto de ley de acceso a la información pública⁴⁰.

Además podemos entender que bordeando el derecho de acceso a la información pública, el artículo 2 de dicha Ley 56/2007 establece la obligación de disponer de medios de interlocución telemática para la prestación de servicios al público de especial trascendencia económica. Se trata de la obligación que tiene la mayoría de las empresas que prestan servicios públicos (telefonía, suministro de agua, gas y electricidad, servicios financieros, agencias de viaje...) de proporcionar un medio telemático para que el consumidor pueda comunicarse con la empresa y, en especial, tenga acceso a sus datos⁴¹.

¿Constituye un auténtico derecho?

Es cierto, que ese acceso a la información pública es requisito para la participación pública, pero también es un mecanismo para que las personas puedan satisfacer otros intereses, incluso privados. En definitiva, el acceso a la información es un requisito previo de la participación del ciudadano en la *res publica*, pero su finalidad excede la participación, pues se constituye en un auténtico derecho fundamental que busca la realización de la persona en una sociedad globalizada, en donde la información es la clave

⁴⁰ Corresponde a las enmiendas números 38 y 61 de los Grupos Parlamentarios Entesa Catalan de Progés y Catalán en el Senado de Convergencia. (COCG Senado. Serie II. Número 135e. 4 de diciembre 2007. Páginas 50 y 58 respectivamente). Ambas enmiendas habían sido inducidas por la la Coalición Pro-Acceso.

⁴¹ Dos cuestiones diferentes: una relacionada con la imposición a las empresas privadas de informar sobre asuntos con trascendencia pública en otros casos relacionados con la transparencia de los mercados bursátiles (hechos relevantes, participación societaria de los directivos en la empresa...). La otra cuestión tiene que ver con la protección de datos personales desarrollada por la Ley 15/1999.

del desarrollo, del progreso y, en definitiva, del éxito. Quizás la simple mención del artículo 105 b) CE no sea suficiente para ello, incluso aunque haya tenido un desarrollo legislativo, ni que el propio Tribunal Supremo haya manifestado que constituye un derecho de los ciudadanos de los llamados de la tercera generación⁴².

Creemos que la Constitución debe ser interpretada como un todo. Un sistema más o menos perfecto, pero un todo en el que debemos conseguir encajar sus elementos. ¿Cómo encaja el 105 b) con las libertades públicas informativas?

El profesor Desantes Guanter ya en el año 1987 vino a contestar esta pregunta al decir que “el derecho del artículo 105 b) no es otra cosa que la consolidación específica con respecto a los documentos administrativos y a los mensajes en ellos contenidos de la facultad de investigación, una de las que componen el derecho a la información, implícitamente reconocida en el artículo 20 de la Constitución en virtud de la integración normativa del artículo 96 e interpretativa del artículo 10.2”⁴³.

En esta frase ya encontramos los argumentos para desarrollar un auténtico derecho fundamental, más allá del artículo 105 b). Esto significa un cambio de perspectiva, o si se quiere, una clara apuesta por un derecho fundamental a acceder a la información pública.

El derecho de acceso a la información como derecho fundamental.

Cambio de perspectiva

A lo largo de las páginas precedentes hemos desarrollado la idea de que el acceso a la información pública puede obedecer a varias razones, pero que las perspectivas desde las que se puede contemplar son fundamentalmente dos. Por un lado puede considerarse como una característica necesaria en la Administración Pública del siglo XXI. En este caso la transparencia, la voluntad de acercar la administración al ciudadano, de servir de mecanismo de control, de obtener la participación... constituyen expresiones que nos abocan a contemplar el derecho a acceder a la información pública desde el enfoque de la Administración. Se trata de un condicionante, de un principio más en la actuación administrativa, al igual que la eficacia, la jerarquía, la descentralización y la coordinación.

Por otro lado, puede constituir un auténtico derecho fundamental. Un derecho de las personas a acceder a la información en manos de la Administración Pública. Esta

⁴² Véase el fundamento jurídico quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª de 14 noviembre 2000 (marginal Aranzadi RJ 2001\425).

⁴³ DESANTES GUANTER, José María: *Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*. Madrid, 1987. Página 160.

perspectiva contempla las garantías que para y desde el ciudadano deben de regir para que se satisfagan el interés del sujeto del derecho: el derecho a saber.

Si contemplamos desde esta perspectiva el asunto, veremos que más que velar por el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas estamos demandando que la Administración se ponga al servicio del ciudadano. Lo cual significaría una auténtica revolución –estructural, de funcionamiento, de formación...- en las Administraciones motivada por una causa exógena.

El reconocimiento como derecho fundamental, si se incardina dentro de los derechos especialmente protegidos de la Constitución Española que se encuentran en los artículos 14 a 29 –más la objeción de conciencia militar-, va a suponer una triple protección según establece el artículo 53 de la Constitución: su desarrollo debe realizarse mediante Ley Orgánica que respete su contenido esencial; su amparo ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Catálogo abierto y dinámico de derechos

La cuestión que se nos plantea es si existe ese derecho fundamental en el texto constitucional. Si no estuviera claramente enunciado, si es posible defender derechos fundamentales sin necesidad de estar expresamente citados y, cuál sería la vía para su reconocimiento. Quizás el punto de partida sea afirmar que el catálogo de derechos fundamentales no está ni cerrado, ni es estático.

Es un elenco abierto de derechos. No está cerrado porque es susceptible de nuevas incorporaciones. La Enmienda Novena de la Constitución de los Estados Unidos lo deja muy claro: *“no por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”*. No se trata tanto de defender una postura iusnaturalista de los derechos fundamentales, como de argumentar que es posible el reconocimiento de derechos más allá del texto constitucional.

Y no es un conjunto de derechos estáticos, porque los derechos fundamentales evolucionan según el tiempo y el espacio –lo cual entraría en contradicción con un rígido iusnaturalismo. Por ejemplo, en el siglo XIX se hablaba del “derecho de prensa”, expresión y concepto que es superado por la aparición de la radio y, posteriormente, la televisión. Este derecho de prensa se tiene que abrir a los nuevos medios que para nada utilizan la imprenta, pero sí que realizan una amplia función de difusión.

En definitiva, la idea, que no es original, puesto que ya la encontramos en ALEXY⁴⁴, es que los derechos fundamentales pueden venir formulados por normas que él denomina *adscriptas*⁴⁵. Cuando la Constitución no formula directamente un derecho fundamental, sí que es posible el reconocimiento del mismo a partir de una norma “adscripta”. Norma que tiene una directa relación con la Constitución –debemos de entender que viene a desarrollar o completar algún precepto constitucional. Tal es el supuesto en nuestro país del derecho a la protección de datos personales que cobra contenido con el desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución en un primer momento por la LORTAD de 1992 y posteriormente sustituida por la Ley de Protección de Datos Personales de 1999.

Asimismo el Tribunal Constitucional español reconoce que dentro de la libertad de información se contempla el derecho a la creación de medios de comunicación de masas⁴⁶.

Técnicas de ampliación de los derechos fundamentales

Como nos revela ÁLVAREZ CONDE “la ampliación de los derechos fundamentales puede realizarse a través de diferentes técnicas. Así, por un lado, nos encontramos con la constitucionalización de los «nuevos derechos», tal y como han hecho las Constituciones recientemente promulgadas, entre ellas la portuguesa y la española. Por otro lado, también se puede proceder a dicha ampliación a través de la ratificación de los correspondientes Tratados y Convenios internacionales, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución. Y, finalmente, asimismo es posible proceder por vía interpretativa. Son los llamados derechos fundamentales de configuración jurisprudencial...”⁴⁷. Creemos que además es posible, la «creación nuevos

⁴⁴ ALEXY, Robert: “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. *Theorie der grundrechte*, Suhrkamp- Verlarga 1986. Se refiere a la enunciación triple de los derechos fundamentales:

1.-“... es deferido el concepto de derecho fundamental haciendo referencia a enunciados normativos que son estatuidos por una determinada autoridad: la constituyente. ... son identificados a través de criterios formales que toman en cuenta la forma de positivación: la pertenencia a la sección de derechos fundamentales de la Ley Fundamental y a la inclusión en la disposición sobre el recurso de inconstitucionalidad” (página 73) 2.- Normas de derechos fundamentales adscritas y 3.- Derecho fundamental no escrito”

⁴⁵ Ibidem, páginas 69-71. El que una norma adscripta sea o no una norma de derecho fundamental depende de la argumentación iusfundamental que para ella sea posible.

⁴⁶ Sentencia Tribunal Constitucional (STC) 12/1982 (Pleno), de 31 marzo. Fundamento Jurídico 3º “No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”. En el mismo sentido STC 7/1982, fundamento jurídico 3; STC 181/1990, fundamento jurídico 3; STC 206/1990, fundamento jurídico 6 y STC 119/1991, fundamento jurídico 5.

⁴⁷ ÁLVAREZ CONDE, Enrique: “Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades”. Madrid, 1992. Página 249.

derechos» a través de normas -en el caso español necesariamente a través de Leyes Orgánicas- que desarrollen normas constitucionales de forma que se configuren esos «nuevos derechos».

Creación de derechos fundamentales por desarrollo legislativo

Se trataría de desgajar de un derecho constitucional, o de una referencia en la Constitución, otro derecho fundamental que por su contenido sea esencialmente diferente. La referencia o el artículo sería importante que estuviera en la parte relativa a los derechos fundamentales y, preferentemente dentro del elenco de derechos especialmente protegidos – artículos 14 a 29- Tal es el caso del derecho a la protección de los datos personales que surge desgajado del derecho a la intimidad –incluso inicialmente se le llegó a denominar derecho a la «intimidad informática»- como desarrollo del mandato del artículo 18.4 CE.

El desarrollo legislativo si se refiere a un derecho que tuviera su anclaje o referencia a un artículo constitucional del 14 al 29, debería realizarse mediante Ley Orgánica, tal y como exige el artículo 81 de la Constitución.

Creación de derechos fundamentales por las Comunidades Autónomas

Más dudoso es la creación de derechos fundamentales a partir de los Estatutos de Autonomía. Pese a tratarse de normas con rango formal de Ley Orgánica, creemos que existe una materia propia, objeto de los estatutos -como “norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma” en los términos del artículo 147 de la Constitución Española- que se recoge en el párrafo 2º del citado artículo⁴⁸. Es cierto que puede interpretarse como un contenido de mínimos, pero lo que no es admisible es que se configuren derechos diferentes para los que se encuentren en una Comunidad Autónoma, dependiendo de su consideración de ciudadano de esa Comunidad Autónoma o no. Podemos entender que ello vulnera no solo el derecho a la igualdad del artículo 14 CE, sino también el párrafo 1º del artículo 139 que establece que “*todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado*”. Y menos tal y como recoge el 138 en su párrafo 2º: “*Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios*

⁴⁸ Artículo 147.2: Los Estatutos de autonomía deberán contener:

- a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.
- b) La delimitación de su territorio.
- c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias.
- d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

económicos o sociales”⁴⁹ cuando se produzca una clara situación de privilegio de los ciudadanos de la comunidad autónoma sobre los que no lo son⁵⁰.

Por último, queda por argumentar en contra de la creación de derechos fundamentales por los Estatutos de Autonomía una cuestión formal: si en su día el Tribunal Constitucional determinó que la materia objeto de Ley Orgánica no podía ser ampliada por voluntad del legislador⁵¹, debemos entender que la materia estatutaria tampoco es

⁴⁹ En este sentido nos permitimos recordar la STC núm. 5/1981 (Pleno), de 13 febrero que dice: “22. En materia de derechos fundamentales la Constitución no se ha limitado a reservar su desarrollo normativo a leyes orgánicas, sino que ha dispuesto y además que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (artículo 138 CE), y para asegurar que así sea, ha reservado como competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (artículo 149.1.1.º CE), así como, más en concreto y en relación con el artículo 27 de la Constitución, la regulación de las materias a que se refiere el artículo 149.1.30.º de nuestra norma suprema. Ello significa que los citados preceptos de la Constitución (artículos 139, 149.1.1.º y 149.1.30.º CE) excluyen que sobre las materias en ellos definidas puedan legislar los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas.

⁵⁰ Como opinión contraria: “De los artículos 81.1, 149.1.1, 138.2 y 139,1 de la Constitución no se infiere prohibición al legislador estatuyente para declarar derechos...La declaración estatutaria no menoscaba la integridad normativa de los preceptos constitucionales citados” en CANOSA USERA, Raúl: “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía” en *Revista Teoría y Realidad Constitucional* . Número 20. 2º Semestre 2007. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Página 113.

⁵¹ Véase como sentencia inicial, reiteradamente citada con posterioridad la STC núm. 5/1981 (Pleno), de 13 febrero:

Cuando en la Constitución se contiene una reserva de ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de ley orgánica -y no una reserva de ley ordinaria- sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (artículo 81.1 y conexos). La reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (artículo 81.2 CE), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma ley orgánica o por sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza. Llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas.

Por ello hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (artículo 81.1 CE) también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que por tanto sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria

susceptible de ser ampliada a los derechos fundamentales. La tendencia a considerar los Estatutos de Autonomía como una auténtica Constitución –de ahí la inclusión de un catálogo de derechos, deberes y principios fundamentales- no es admisible como argumentación por considerar esos catálogos como de derechos fundamentales diferentes para los «nacionales»

Por último, si a las Comunidades Autónomas les está vedado legislar sobre la materia reservada a las Leyes Orgánicas –en concreto en lo referente a los derechos fundamentales- cuando su regulación se refiera a algún elemento esencial no previsto en una Ley Orgánica o lo regulen de modo distinto⁵², no creemos que pueda un Estatuto de Autonomía introducir nuevos derechos fundamentales.

Es cierto que se puede argumentar que esos derechos “no son derechos constitucionales sino un nuevo tipo de derechos: derechos estatutarios”⁵³. Pero esta es una fórmula para no abordar directamente la problemática y salirse por la tangente.

Derechos fundamentales de origen supranacional.

Con ello nos referimos a aquellos derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en un tratado internacional ratificado por el Estado Español. No solo por que el artículo 10.2 de la Constitución reconozca su valor interpretativo de los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales, sino también porque el artículo 96 incorpora dichos tratados al ordenamiento jurídico español.

En este sentido, el Consejo de Europa⁵⁴ recomendó en el año 2002 a sus Estados miembros que adoptaran leyes de acceso a la información que aseguraran la transparencia de las administraciones públicas⁵⁵. En este año 2008 se elaborará la Convención Europea

⁵² STC núm. 135/2006 (Pleno), de 27 abril, en el recurso de inconstitucionalidad en un conflicto de competencias contra la [Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio \(LCAT 1997, 299\)](#) de asociaciones.

Si bien es cierto que dicha sentencia reconoce la constitucionalidad cuando la regulación autonómica coincida con la legislación estatal, incluso complementándola; debemos criticar esta segunda parte de la doctrina constitucional pues, ello abriría la problemática sobre la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica cuando la Ley Orgánica regulara de forma nueva o diferente a como lo ha hecho la norma autonómica

⁵³ CANOSA USERA, Raúl: “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía” en *Revista Teoría y Realidad Constitucional* . Número 20. 2º Semestre 2007. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Página 112.

⁵⁴ http://www.coe.int/t/es/com/about_coe/. Como tal recomendación no tiene fuerza vinculatoria.

⁵⁵ Recomendación (2002)2 del Consejo de Europa sobre el acceso a documentos oficiales adoptada el 21 de febrero de 2002. Este documento de 24 páginas puede consultarse en su versión inglesa en: [http://www.coe.int/T/E/Human_rights/rec\(2002\)2_eng.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_rights/rec(2002)2_eng.pdf)

de acceso a documentos oficiales. El Consejo de Europa considera que la transparencia de las autoridades públicas es esencial en una verdadera sociedad democrática pluralista y para ello es necesario que el derecho de acceso a la información pública se proteja de forma expresa y específica, dado que favorece una auténtica participación ciudadana así como el buen funcionamiento de las administraciones públicas.

En el ámbito de la Unión Europea, más preocupada de aspectos económicos, de competencia..., la normativa tiene por objeto fijar condiciones de igualdad en cuestiones como la reutilización de la información pública –véase lo dicho sobre la Ley 37/2007-, pero no se descarta que, con el fin de armonizar la legislación que incide en la transparencia de la acción pública, pudiera regularse sobre esta cuestión en la misma línea de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo precepto más significativo es el artículo 40:

“Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”.

En definitiva, la conformación de un derecho fundamental a partir del derecho internacional puede venir a partir de:

- Un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos que no recoja directamente un derecho de acceso a la información, sino un derecho a buscar información, lo cual exigirá una interpretación jurisprudencial.
- Un Tratado Internacional sobre Derecho de Acceso a la Información pública que se integre en el ordenamiento jurídico español una vez ratificado y publicado en el BOE tal y como está previsto en el artículo 96 de la Constitución española.
- De una norma de la Unión Europea que venga a imponerlo por medio de un Reglamento, en cuyo caso tiene una aplicación directa, o una Directiva que exija una transposición al derecho español.

Derechos fundamentales de configuración jurisprudencial

El Tribunal Constitucional español cuando resolvió los recursos sobre el establecimiento de emisoras de televisión privada–libertad de antena- vino a establecer que *“no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”*⁵⁶. Esta afirmación abriría la posibilidad para que el propio Tribunal Constitucional

⁵⁶ STC 12/1982 (fundamento jurídico 3) reiterada posteriormente en SSTC 7/1982, fundamento jurídico 3; 181/1990, fundamento jurídico 3; 206/1990, fundamento jurídico 6; 119/1991, fundamento jurídico 5.

utilizando una técnica de “derechos fuentes”⁵⁷ pudiera desarrollar nuevos matices, nuevas facultades, en definitiva, nuevos derechos fundamentales a partir de otros. Sin embargo, la clave de esa frase, reiterada en la jurisprudencia constitucional se encuentra en la expresión “en principio”. Esa frase viene a justificar la competencia del Tribunal Constitucional para conocer el asunto, se trata de un presupuesto procesal sin el cual debería de haber inadmitido el recurso por falta de contenido constitucional. Pero esa frase se completa con “*ello no empece para que condicione tal derecho a los marcos legales necesarios*”⁵⁸.

Pese a lo dicho anteriormente creemos que la interpretación de la expresión “derecho a recibir información” debe ser interpretada de conformidad con los artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos París -10 de diciembre de 1948- que al referirse al “*derecho a la libertad de expresión... incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas...*” y, el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, -Nueva York, 19 de diciembre de 1966- que cuando reconoce el derecho a la libertad de expresión determina que “*este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...*”. Si así se hiciera habría que reconocer el derecho a investigar, a buscar la información. Y ese derecho puede tener excepciones, en especial en el ámbito privado, pero cuando se trata de información en manos de la administración, las restricciones deben ser la excepción. Entiendo que en nuestro ordenamiento constitucional son muy claras y se encuentran fijadas en el artículo 105 b). Esta es la interpretación que desde el Tribunal Constitucional se podría hacer para reconocer el derecho de acceso a la información pública.

Nuevo derecho en una futura reforma constitucional

Como *desideratum* propondríamos en una reforma constitucional un nuevo derecho fundamental de acceso a la información pública, dentro del capítulo 2º del Título I de la Constitución. Este derecho podría tener una enunciación general o ser mucho más preciso determinando los sujetos, las situaciones y excepciones del acceso. Indudablemente este derecho exigiría un desarrollo legislativo que viniera a hacerlo eficaz.

⁵⁷ Véase lo dicho y la crítica que realiza BASTIDA, Ignacio J.: “El derecho de antena” Barcelona, 1990. Páginas 109-118

⁵⁸ STC núm. 106/1986 (Pleno), de 24 julio sobre Cuestión de inconstitucionalidad nº 822/1983 planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra el artículo contra el art. 1, párr. 2 de la Ley 4/1980, de 10-1-1980, Estatuto de la Radio y la Televisión. Antecedente 5º. (El Tribunal acabó decidiendo tres años después y en pleno verano que “Declarar no haber lugar a pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada.”. Sin comentarios.

La universalidad en el acceso y el derecho de los periodistas

El acceso a la información es predicable para todos los ciudadanos, y ello nos lleva a rechazar de plano la figura del "insider trainer". Esto es, el uso de información privilegiada en beneficio propio.

Sin embargo, a efectos fácticos, la dificultad que presenta el actuar por uno mismo, justifica la mediación de otros profesionales. Por ello, junto al derecho universal de acceso debería defenderse un derecho de acceso específico de profesionales de la información, como delegados del público, de todos y cada uno de nosotros que no tenemos ni tiempo, ni conocimiento para reunir información de potencial interés para un segmento de la población. El concepto de profesional de la información puede ser muy amplio a partir de su labor: es quien redacta a partir de la materia prima un documento nuevo y distinto⁵⁹ o es quien utiliza sus habilidades de redacción para transformar la materia prima en un trabajo distinto, y distribuye ese trabajo a una audiencia

Sobre los profesionales del periodismo recae la prohibición de usar información privilegiada en su propio provecho. Aunque tal prohibición sea únicamente por el momento una norma del Código Deontológico del Col·legi de Periodistes de Catalunya⁶⁰ que establece en su ordinal 8: *"No utilizar nunca en beneficio propio informaciones privilegiadas obtenidas de forma confidencial como periodistas en el ejercicio de su función informativa"*.

En defensa de la igualdad en el acceso se han de repudiar las prácticas administrativas que entorpezcan el acceso a la información. Un impedimento a dicho acceso viene dado por los soportes en donde se encuentra la información: soportes complicados, con incomprensibles códigos de ordenación, o simplemente sin una clasificación que posibilite la rápida recuperación de la información -microfilmes, bandas magnéticas de 9 pistas, papel sin clasificar...-. Todo ello ha llevado a ALLEN a manifestar que "la oferta de información en un solo soporte puede impedir el acceso a ésta a aquellos que no posean la posibilidad de utilizarla, al igual que ocurre con los analfabetos, a los que de hecho está negada el acceso a la información escrita"⁶¹.

Entre las prácticas administrativas que deben rechazarse está la de establecer un derecho de autor del Estado -crown copyright⁶²- sobre la información que el Estado

⁵⁹ El literal que utiliza la OPEN GOVERNMENT ACT 2007 que vienen a modificar la section 552 of title 5, United States Code (commonly referred to as the Freedom of Information Act)

⁶⁰ Aprobado en Barcelona en octubre de 1992 por el Segundo Congreso de Periodistas Catalanes. En sentido similar el punto 4º del Código Deontológico de la Asociación de Periodistas de Información Económica. www.periodistasfape.es/apie.

⁶¹ ALLEN, K.B.: "Acceso a información de las administraciones públicas" en Fundesco, nº 134, noviembre 1992. Página 11.

⁶² Derechos de autor de la Corona. Extendidos en Gran Bretaña. Puede verse un ejemplo referido a la Oficina Gubernamental de Comercio en http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_final_text_22.12.05_SPANISH.pdf. Página 5. En Estados Unidos se encuentra prohibido el crown copyright tal y como señala

recoge y crea; fijar unas elevadas tasas por el acceso a la información del Estado; o establecer que sólo se puede acceder a un determinado expediente cerrado o que reúna unos requisitos determinados –interés directo del peticionario– que son interpretados y manejados al antojo de la Administración que puede incluso trasladar papeles de un expediente a otro para evitar darlos a conocer .

En último término, la transparencia de la acción administrativa no sólo es exigible como una cuestión de control de los poderes públicos, sino también como una fórmula de compartir los beneficios del Estado. En este caso lo que se comparte es la información. La idea se resume en que el Estado debe poner a disposición del público, a un precio razonable, diversa información sobre: fabricantes de perchas, propietarios de vehículos Renault en la provincia de Tarragona, profesores de Derecho Constitucional.... Dicha información facilitará el funcionamiento y la rentabilidad de una tienda de ropa que necesita perchas, al taller especialista en vehículos Renault que va a abrir sus puertas en Tarragona, o... la editorial de textos jurídicos que desea realizar una campaña de promoción de un determinado libro. Pero ésta, la reutilización de la información pública es sólo una consecuencia del derecho de acceso a la información pública. Se trata de la ya citada Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público⁶³ que viene a transponer la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Apoyatura constitucional del derecho de acceso

La interpretación del párrafo 1º del artículo 20 precisa completar su contenido. Y tal y como recoge el artículo 10.2, *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Este precepto nos abre una vía interpretativa conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados internacionales sobre Derechos Fundamentales ratificados por España. Además el artículo 96 integra dentro del ordenamiento jurídico español los Tratados internacionales ratificados y publicados en el VEO.

Pues bien, del análisis de los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la reflexión doctrinal llegaríamos a la conclusión de que el contenido esencial del derecho a una comunicación pública libre se encuentra integrado por cuatro facultades. Dos que

ALLEN, K.B.: "Acceso a información de las administraciones públicas" en Fundesco, nº 134, noviembre 1992. Página 12.

⁶³ En vigor desde 18 de enero de 2008, en su artículo 1º excluye de su objeto el acceso a la información pública: La aplicación de esta Ley se hará sin perjuicio del régimen aplicable al derecho de acceso a los documentos y a las especialidades previstas en su normativa reguladora.

podíamos denominar primarias y otras dos derivadas. Con ello no se agota la configuración de un derecho que se encuentra dentro de una evolución continúa en aras de dar respuesta a los problemas que se plantean a medida que se desarrolla la sociedad.

En principio este derecho comprende las facultades de emitir y recibir mensajes de todo tipo. Estas dos facultades pueden encontrarse en una situación que tiende a la pasividad. Tal es el caso del que emite mensaje limitándose a reproducir algo que ha llegado a sus oídos. De igual forma la facultad de recibir puede ser pasiva cuando el receptor se limita a exponerse al medio o, incluso no llega a ser plenamente consciente de la recepción del mensaje –por ejemplo, un cartel en una estación de metro.

Si el sujeto adopta una actitud activa, la facultad de emitir, nos aboca a una facultad de crear el mensaje –aspecto contemplado en el párrafo b) del apartado 1º del artículo 20 CE. En similar sentido la facultad de recibir puesta en acción significa que el receptor va en busca de la información, investiga, indaga, solicita información –aspectos incluidos en los referidos artículos 19 como buscar e investigar.

El reconocimiento del derecho a acceder a la información pública anclado en el derecho a la información viene a suponer la protección que brinda el artículo 53 de la Constitución: desarrollo mediante Ley –Orgánica a tenor del artículo 81-, amparo ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento preferente y sumario –que podía crearse específicamente para este derecho que precisa una rapidez en la contestación por parte de la Administración- y, por último, posibilidad de amparo ante el Tribunal Constitucional. Amparo constitucional que se produciría después de agotar la vía judicial previa, salvo en el caso de violaciones producidas por el poder legislativo que pueden ser interpuesto directamente.

Este reconocimiento constitucional, su posterior desarrollo legislativo, la actuación de los órganos administrativos en su función de proveer información a las personas, el desempeño de su función por parte de una futura Autoridad independiente encargada de velar por este derecho y la interpretación y consolidación por parte de los tribunales ordinarios y de la jurisdicción constitucional; todo ello vendría a introducir un elemento esencial en una sociedad del siglo XXI: el derecho a saber de las personas.

**Relatoría de conferencias
miércoles 27 de junio de 2007
a las 10 horas**

*Paz García-Poggio Baeza
Profesora Sección Dptal Derecho Constitucional
Facultad de Ciencias de la Información – UCM*

El profesor Teodoro González Ballesteros, catedrático de Derecho de la Información y director de la Sección Departamental de Derecho Constitucional inauguró el Seminario Internacional de Derecho de acceso a la información pública. Analizó la naturaleza de este derecho fundamental, afirmando que se engarza en el derecho a la información a través del artículo 20 de la CE, en virtud de la integración normativa del artículo 96 e interpretativa del artículo.

A continuación Helen Darbshire, Directora Ejecutiva de Access Info Europe realizó un análisis de la historia de la normativa del derecho de acceso a la información en el mundo, para finalmente centrarse en la realidad española.

Comienza su ponencia con un recorrido por la historia del derecho de acceso, en el que recordó que fue Suecia el primer país en reconocer el derecho de acceso a la información en el año 1766, seguido de Finlandia en 1951. A continuación identifica tres olas principales en la historia de adopción de leyes de acceso a la información. La primera ola encabezada por Estados Unidos, que en 1966 aprobó su ley de acceso: Freedom of Information Act o FOIA y después varios países europeos aprobaron sus leyes de acceso a la información pública: Noruega en 1970 y Francia y Holanda en 1978.

La segunda ola comenzó en Hungría que fue el primer país post-comunista en adoptar la ley de acceso a la información pública en 1992. Para la ponente esta ley otorgó un modelo para los otros países de Europa Oriental. De hecho se aprueban leyes de acceso a la información en toda la región: en los países bálticos (Lituania en 1996, Letonia en 1998, Estonia en 2000), Europa Central (República Checa en 1999, Eslovaquia en 2000), y el Sudeste de Europa (Bulgaria en 2000, Rumania en 2001). Señalando que todos los países que entraron en la Unión Europea en 2004 ya contaban con leyes de acceso a la información.

Asimismo destacó la importancia de la Recomendación sobre Acceso a Documentos Oficiales aprobada por el Consejo de Europa en febrero de 2002 “por ser el primer texto de un organismo internacional que especifica las normas mínimas del acceso a la información”.

La tercera ola y más reciente la constituye la aprobación de leyes de acceso en América Latina y el Caribe: Colombia en 1985, México y Perú en el año 2002, a juicio de la ponente “este movimiento por la transparencia en América Latina se desarrolló tanto

en respuesta a la corrupción de los años noventa como a las violaciones a los derechos humanos en años anteriores”.

Finalmente Helen finalizó este recorrido por la historia de la regulación del derecho de acceso haciendo un balance de la situación actual: “más de 75 países en todo el mundo tienen disposiciones de acceso a la información, y en Europa 22 de los 27 estados miembros de la Unión Europea tienen una ley de acceso a la información y de los 47 países miembros del Consejo de Europa, 24 tienen una constitución que protege específicamente el derecho de acceso a la información.”

La ponente cerró su conferencia con un análisis de la realidad española en la que concluye que “España no tiene una verdadera ley de acceso a la información” y que por tanto “dentro la Unión Europea, España pertenece claramente a una minoría. Solamente cinco países de la UE no tienen una ley que proteja este derecho: Luxemburgo, Chipre, Malta, Grecia y España”. Señalando asimismo otra carencia destacada en nuestro país que no cuenta con ningún órgano público para proteger este derecho.

**Normativa y realidad europea
en el acceso a la información
La evolución del derecho de acceso a la información
y su relevancia para España**

*Helen Darbshire
Directora Ejecutiva de Access Info Europe
Gran Bretaña*

Al inicio del siglo XXI, tenemos todavía que plantearnos la cuestión: ¿existe un derecho humano de acceso a la información? y, en el caso de una respuesta positiva, ¿Qué implica esto para la normativa española?

Breve historia de un derecho – la iniciativa Sueca

Como muchos derechos humanos, el inicial reconocimiento del derecho de acceso a la información no fue al nivel internacional; sino a nivel nacional, en las constituciones y leyes de distintos países. El primero país en reconocer el derecho de acceso a la información fue Suecia en el año 1766, cuando adoptó su ley orgánica de libertad de prensa que otorgaba el derecho a acceder a los documentos oficiales. Esta ley que fue abrogada de vez en cuando durante los dos siglos siguientes, finalmente tuvo una compañera en la ley de acceso de Finlandia (entonces provincia de Suecia) en 1951.

Con esas dos excepciones, podremos identificar tres olas principales de adopción de leyes de acceso a la información. La primera ola fue lanzada por los Estados Unidos con su la Ley sobre Libertad de Información (“Freedom of Information Act” o FOIA) en 1966⁶⁴. Dicha ley fue enmendada en 1974, después del escándalo *Watergate*, para forzar a un mayor cumplimiento de las agencias, y una vez más en 1996 con el fin de introducir un mayor acceso a la información electrónica⁶⁵. El enfoque de el FOIA es que el acceso a los “registros” de la administración -poder ejecutivo- deben ser identificados por el solicitante.

Esta primera ola se desarrolló durante las décadas de los setenta y ochenta cuando los gobiernos europeos adoptaron una serie de leyes sobre acceso a documentos oficiales.

⁶⁴ Artículo 552 del título 5 del Código de los EE.UU., conforme a la enmienda de 1970, en 1996 (Ley sobre Libertad de la Información Electrónica) y más recientemente en 2002.

⁶⁵ Véase el Archivo de la Seguridad Nacional (National Security Archive), “The Freedom of Information Act on its 38th Birthday”, 4 de julio de 2004, en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/news/20040704/>.

Noruega aprobó su ley en 1970⁶⁶; Francia y Holanda aprobaron leyes similares en 1978⁶⁷. Estas leyes tipificaron los procedimientos administrativos para brindar información al público y se concentraron en los organismos administrativos más que en los poderes legislativo y judicial.

Las democracias de otras partes del mundo también adoptaron leyes de acceso a la información, incluyendo Australia y Nueva Zelanda en 1982 y, Canadá en 1983⁶⁸. Estas leyes ofrecen modelos valiosos para futuras leyes de acceso a la información. Por ejemplo, las leyes en Australia y Canadá establecen la designación de funcionarios u organismos de control, tales como un comisionado de información u oficina de defensoría del pueblo tanto a nivel nacional como local. Otros países europeos adoptaron leyes durante fines de los ochenta y comienzos de los noventa, incluyendo Austria, Bélgica, Dinamarca y Portugal⁶⁹. Estas primeras leyes otorgan el derecho de acceso a *documentos* oficiales –es decir, aquellos formalmente confeccionados por la administración como parte de sus funciones– aunque algunas también se refieren de forma general a “acceso a la información”. De manera significativa, estas leyes consagran uno de los emergentes principios fundamentales del derecho de acceso a la información: que los solicitantes no necesitan justificar su interés en la información buscada. Como excepción a esta regla podemos mencionar la ley italiana, que requiere que se demuestre el interés legítimo. Por el contrario, cualquier ciudadano puede solicitar cualquier clase de información en poder de organismos públicos como parte inherente de la rendición de cuentas de los gobiernos de forma periódica.

Europa Oriental – la iniciativa Húngara

Tras el sísmico giro político que se produjo con la caída del muro de Berlín en 1989, Hungría se convirtió en el primer país post-comunista en adoptar la ley de acceso a la información pública en 1992⁷⁰. Esta ley otorgó un modelo para los otros países de Europa

⁶⁶ Ley del 19 de junio de 1970 No. 69 de Noruega, Referencia al Acceso Público a Documentos de la Administración del Gobierno, conforme su posterior enmienda, más recientemente, por la Ley del 10 de enero de 1997 No. 7.

⁶⁷ Ley de Holanda Conteniendo Reglamentos que Rigen el Acceso del Público a la Información Gubernamental (Ley del 31 de octubre de 1991).

⁶⁸ Australia: Ley sobre Libertad de Información (1982), Nueva Zelanda: Ley sobre Información Oficial (1982) y Canadá: Ley sobre Acceso a la Información (1985).

⁶⁹ Austria: Bundesgesetz über die Auskunftspflicht der Verwaltung des Bundes und eine Änderung des Bundesministerengesetzes (1986), Bélgica: loi relative à la publicité de l'administration (1994); Dinamarca: Ley N° 572 sobre Acceso a Archivos de la Administración Pública (1985 según enmienda 2000); Portugal: Ley sobre Acceso a Documentos Administrativos (1993 según enmienda 1999).

⁷⁰ Ley LXIII sobre la Protección de los Datos Personales y la Publicidad de los Datos de Interés Público (1992).

Oriental. Por ejemplo, introdujo un plazo razonable de 15 días para recibir la información, definió explícitamente las excepciones, y estableció un mecanismo de control, el Comisionado Parlamentario de Información de Protección de Datos, a quien se debe notificar las denegaciones a proveer información. Con la ley Húngara empezó la segunda ola de leyes de acceso a la información.

El éxito de los activistas ambientalistas en asegurar la adopción en 1998 de la Convención de Aarhus que conecta el acceso a la información ambiental con la participación ciudadana en el gobierno también daría mayor ímpetu al movimiento de acceso a la información a nivel europeo⁷¹.

A lo largo de la década del noventa, los liderazgos post-comunistas de Europa Oriental, que respondían a las exigencias de la sociedad civil de que cumplan con sus compromisos de un gobierno abierto consagrándolo en leyes de acceso. En parte estaban motivados por el deseo de estos Estados de unirse al Consejo de Europa y a la Unión Europea. Se aprueban leyes de acceso a la información en toda la región: en los países bálticos (Lituania en 1996, Letonia en 1998, Estonia en 2000), Europa Central (República Checa en 1999, Eslovaquia en 2000), y el Sudeste de Europa (Bulgaria en 2000, Rumania en 2001)⁷². En el año 2000, la comunidad internacional instó a Bosnia y Herzegovina a adoptar una ley de acceso a la información introduciendo las normas emergentes. Todas las nuevas democracias que entraron en la Unión Europea el 1 de Mayo de 2004 ya contaban con leyes de acceso a la información.

Las leyes más nuevas sobre acceso a la información recogieron las lecciones aprendidas durante la implementación de leyes anteriores y reflejaron las normas en desarrollo. El alcance de las leyes más nuevas se tornó cada vez más amplio –por ejemplo, la ley de Bosnia cubre todas las ramas del gobierno y todos los organismos que desempeñan funciones públicas⁷³ y la ley de Eslovaquia comprende los organismos que reciben fondos públicos⁷⁴. Los plazos estipulados para la entrega de la información se acortaron gradualmente, reduciéndose a un mes en Francia, a dos semanas en Holanda y

⁷¹ Comisión Medioambiental de las Naciones Unidas para la Convención Europea sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la toma de decisiones y Acceso a la Justicia en Asuntos Medioambientales del 25 de junio de 1998.

⁷² Lituania: Ley sobre Provisión de Información al Público (1996 enmendada en 2000), Letonia: Ley de Libertad de Información (1998), Estonia: Ley de Información Pública (2000), República Checa: Ley sobre Libre Acceso a la Información (1999), Eslovaquia: Ley sobre Libre Acceso a la Información (2000), Bulgaria: Ley de Acceso a la Información Pública (2000), Rumania: Ley 544 sobre Libre Acceso a la Información de Interés Público (2001).

⁷³ Ley sobre Libertad de Acceso a la Información de Bosnia y Herzegovina, Boletín Oficial, N° 28/2000, 17 de noviembre de 2000, Artículo 3, “Definiciones”.

⁷⁴ Eslovaquia: Ley sobre Libre Acceso a la Información (2000).

a tan sólo cinco días en Estonia⁷⁵. Las leyes más recientes generalmente ofrecen mayor especificidad sobre los mecanismos de acceso a la información⁷⁶, aplicación de excepciones, y uso de pruebas de daño e interés público para evaluar la necesidad de retener información al público.

En febrero de 2002, el Consejo de Europa adoptó el primer texto de un organismo internacional de derechos humanos, que especifica las normas mínimas del acceso a la información: la Recomendación sobre Acceso a Documentos Oficiales, Recomendación 2002(2) del Comité de Ministros. La Recomendación define los “documentos oficiales” como “toda la información de algún modo registrada, redactada por o recibida y en poder de autoridades públicas y vinculada a cualquier función pública o administrativa, a excepción de los documentos bajo preparación”, que constituye una definición amplia de acuerdo con el alcance de la generación más nueva de leyes de “acceso a la información”. En mayo de 2005, el Consejo de Europa encomendó a un grupo de trabajo que considerara la posibilidad de incluir el derecho de acceso a la información en un tratado vinculante⁷⁷.

América Latina – la revolución Mexicana

En América Latina y el Caribe, el desarrollo de leyes de acceso a la información es un fenómeno más reciente, constituyendo la tercera ola, aunque con antecedentes en la época de la primera ola: Colombia fue el primer país en la región en adoptar una ley de acceso a la información en poder del gobierno en 1985⁷⁸. Sin embargo, la adopción de leyes de acceso a la información en México y Perú en el año 2002 marcó una nueva serie de reformas democráticas impulsadas por la actividad de la sociedad civil concentradas en la promoción de mayor transparencia gubernamental en la región. El movimiento por la

⁷⁵ Ley de Información Pública del 15 de noviembre de 2000 (RT1 I 2000, 92, 597), en vigencia el 1 de enero de 2001, Artículo 18(1): “Una solicitud de información se debe cumplir oportunamente, sin exceder los cinco días hábiles”.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, la ley de Bulgaria sobre Acceso a la Información (2000), Artículo 24(1): “El pedido de otorgar acceso a la información pública deberá efectuarse mediante una solicitud por escrito u oral”.

⁷⁷ Términos de referencia del Comité Permanente de Derechos Humanos del Consejo de Europa (CDDH) con vistas a redactar un instrumento legalmente vinculante sobre acceso a documentos oficiales, adoptado por el CDDH en su reunión N° 60 (14-17 de junio de 2005) basado en términos de referencia ad hoc adoptados por los viceministros en su reunión N° 925 (3-4 de mayo, 2005).

⁷⁸ Ley sobre Publicidad de Actos y Documentos Oficiales (Ley 57 del 5 de julio, 1985). Colombia tiene una extensa historia de legislación que reconoce el acceso a la información, ya que el Código de Organización Política y Municipal de 1888 velaba por el derecho de los individuos a solicitar documentos en poder de organismos o archivos públicos. Véase Toby Mendel, Libertad de Información: Derecho Protegido Internacionalmente, en Universidad UNAM, “Derecho Comparado de la Información” N° 1, enero-junio 2003, Ciudad de México, México.

transparencia en América Latina se desarrolló tanto en respuesta a la corrupción de los años noventa como a las violaciones a los derechos humanos en años anteriores⁷⁹.

La ley Mexicana impulsada por el llamado “Grupo Oaxaca” -líderes de la sociedad civil, académicos y periodistas- es aprobada por Presidente Vicente Fox. Esta ley es un caso de estudio en sí mismo, sobre todo por la inversión que el Estado realiza para aplicar la nueva ley. Esto supuso la necesidad de cambiar la cultura burocrática, la mentalidad política, y la voluntad de la ciudadanía a solicitar información. Otro eje del éxito de la aplicación de la ley mexicana es, sin duda, la creación de un órgano supervisor en el Instituto Federal de Acceso a la Información, cuyo papel es recibir recursos contra la negación o no contestación de las solicitudes, pero también a promover el derecho de acceso dentro la Administración y sensibilizar al público sobre su nuevo derecho.

Hacia 2007, al menos 75 países en todo el mundo tenían disposiciones de acceso a la información. La mayoría de las leyes, más de 45, establecen el derecho de acceso a toda información en poder del gobierno superando, el sentido más estricto a acceder a documentos oficiales.

Reconocimiento Constitucional – El ejemplo Noruego

No únicamente las leyes, también las constituciones reconocen cada vez más el derecho de acceso a la información. Un ejemplo típico es el de Noruega, en cuya reforma constitucional de 2004 se incluyó:

- *Toda persona tiene derecho de acceso a los documentos del Estado y la administración municipal, así como un derecho de estar presente durante las audiencias de las cortes y las sesiones de las asambleas elegidas.*
- *La ley puede limitar este derecho respecto al derecho de la intimidad y otras consideraciones de peso.*

La situación en Europa es que, hoy en día, 22 entre los 27 estados miembros del Unión Europea tienen una ley de acceso a la información. En la región aún más amplia de los 47 países miembros del Consejo de Europa, 37 entre de ellos tienen una provisión constitucional que protege el derecho de “libertad de información” y 24 países tienen una constitución que protege específicamente el derecho de acceso a la información en las manos del gobierno. En este sentido, con las constituciones Europeas (y de otros países del mundo) podremos concluir que existe un derecho fundamental de acceso a la información. Mucha jurisprudencia nacional confirma esta tendencia.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Justice Initiative, Libertad de Información, Defensa de la Expresión y Estrategias de Litigio para América Latina. Informe de una reunión en Buenos Aires, Argentina, marzo 18-19, 2004, disponible en: [http:// www.justiceinitiative.org](http://www.justiceinitiative.org).

Normas Internacionales – el Caso Claude Reyes vs. Chile

Al nivel internacional, hasta 2006, no tuvimos un reconocimiento específico del derecho de buscar y recibir información en las manos del gobierno. Hemos tenido una serie de declaraciones políticas pronunciadas por organizaciones intergubernamentales, tales como las recomendaciones del Consejo de Europa (en 1981 sobre acceso a información, y luego en 2002 una recomendación más detallada sobre acceso a documentos públicos), pero todas esas recomendaciones no son vinculantes.

El avance lo más importante llegó el 19 de septiembre de 2006 con el falló de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Claude Reyes y otros vs. Chile. Este caso resulto de una larga historia de tentativas a tener acceso a un documento que estuvo detenido por el estado Chileno durante los años noventa: El 6 de mayo de 1998, tres activistas ambientales, incluyendo un miembro del Parlamento chileno, presentaron una solicitud de acceso a la información ante el gobierno chileno para obtener copias de los antecedentes y controles ambientales realizados a la empresa Trillium Corporation, con base en Estados Unidos, que había iniciado un importante proyecto de explotación maderera en el bosque nativo de *lenga*, en la parte chilena de Tierra del Fuego, en el valle del Río Cóndor. Aún están esperando una respuesta.

Tras preguntar al estado chileno por el documento que mostraría si se había evaluado apropiadamente el posible impacto ambiental del Proyecto Río Cóndor y si se había revisado los antecedentes de Trillium Corporation en cuanto a la explotación maderera sustentable tal y como exige la ley chilena. La única información entregada antes de iniciarse el proyecto fue el valor total de la inversión de la empresa Trillium.

Los solicitantes intentarían luego un recurso ante los tribunales chilenos, que rechazaron el argumento de que se había violado el derecho a la información. Incluso los tribunales chilenos se negaron a reconocer la existencia de tal derecho. Todas las apelaciones fueron desestimadas rápidamente como “manifiestamente mal fundadas”, incluso por la Corte Suprema chilena el 31 de julio de 1998.

Eventualmente en 2006, tras una opinión favorable de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos atendió el caso en una audiencia pública celebrada en Buenos Aires en abril de 2006, escuchando argumentos de la Comisión Interamericana, del gobierno chileno y de los solicitantes, así como de expertos independientes en el área del acceso a la información.

La sentencia del 19 de septiembre de 2006, establecería por primera vez en el ámbito internacional y con claridad absoluta la existencia de un derecho humano fundamental de acceso a la información en manos de los gobiernos. En su ya célebre parágrafo 77 la Corte concluyó:

- *En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el*

acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.

En Europa, hasta ahora la Corte Europea de Derechos Humanos –Tribunal de Estrasburgo- no ha reconocido el derecho de acceso de manera parecida, aunque en unos casos la Corte Europea subrayó la necesidad de acceso a la información para poder ejercer otros derechos, en particular el derecho de vida privada protegido bajo artículo 8 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Sin embargo, justo tres meses antes del fallo histórico de la Corte Interamericana, la Corte Europea en julio de 2006 inadmitió un caso presentado por un demandante de la República Checa. Sin embargo la Corte Europea utilizó unas expresiones que pese al rechazo de la demanda parecen reconocer el derecho de acceso a la información.

En su decisión en el caso de *Sdruženi Jihočeské Matky vs. Republica Checa* de 10 de julio de 2006 la Corte Europea viene reconozco que el demandante ha solicitado información del gobierno sobre la construcción de un centro nuclear y que “el rechazo de la dicha solicitud constituyó una injerencia al derecho de demandante de recibir información”. Tenemos que esperar para ver como la Corte Europea interpretará la jurisprudencia de la Corte Interamericana en casos futuros.

Mientras tanto, el Consejo de Europa en 2007 está terminando la redacción de su Convención Europea sobre Acceso a Documentos Públicos, cuyas provisiones incluyen claramente una afirmación del derecho de acceso a “documentos públicos” con una definición muy amplia de “documentos públicos” como toda información en manos de las autoridades públicos. La futura Convención establece también que todas personas pueden ejercer el derecho sin necesidad de justificar el interés en la información, y sin pagar para solicitar y ver los documentos.

La realidad española y la futura ...

Hoy en día España su ley de procedimiento administrativo común recoge previsiones sobre acceso a la información como desarrollo del apartado b) del artículo 105 de la Constitución. Pero esta normativa administrativa carece los mecanismos necesarios para garantizar el derecho de acceso de todos. Además tienen muchas limitaciones como son la necesidad de justificar solicitudes, plazos muy largos, y un alcance muy restrictivo en términos de las entidades a las que se puede solicitar y la naturaleza de información que puede ser solicitada. Por eso, Access Info Europe ha concluido que España no tiene una verdadera ley de acceso a la información como exista en otros países.

Dentro la Unión Europea, España pertenece claramente a la minoridad: 22 países tienen leyes de acceso a la información, y solamente cinco no tienen una ley que proteja este derecho: Luxemburgo, Chipre, Malta, Grecia y España. Asimismo de los 47 países miembros del Consejo de Europa España es uno de los pocos países (9) que no tienen una ley de acceso a la información (junto con Rusia, Grecia, San Marino, Mónaco, Andorra, Chipre, Malta, Luxemburgo).

Otra carencia destacada es que España no cuenta con ningún órgano público para proteger este derecho como ocurre en muchos otros países europeos. Tienen Comisionados de Información el Reino Unido, Irlanda, Alemania, Escocia, Eslovenia, Hungría, y Serbia, o las Comisiones en países como Francia, Portugal, Macedonia, modelo recogido del éxito notable de la comisión que existe en México, el Instituto Federal de Acceso a la Información.

Estos fallos han sido reconocidos por el gobierno Español, incluso en informes que han tenido que entregar durante 2007 a órganos internacionales, incluso al Consejo de Europa y a la Organización por Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), en los cuales se admite las deficiencias de la estructura normativa española para proteger este derecho.

Los partidos políticos igualmente han reconocido la necesidad de aumentar la transparencia, para aumentar la eficiencia del gobierno y para facilitar la probidad y la lucha contra corrupción, entre otras razones. Este reconocimiento parece muy claramente en el Programa Electoral del PSOE de 2004 en su página 42 con título de “La ley de la libre información” en lo cual dice:

- *“La Comisión Europea y diversos países de la Unión han adoptado normas destinadas a regular el acceso de los ciudadanos a los informes y archivos de las Administraciones...”*
- *“una democracia sólo puede fundamentarse en la transparencia en la acción pública, y por tanto en el libre acceso a la información por parte de los ciudadanos”*
- *“Impulsaremos una Ley sobre el derecho al libre acceso a la Información”*

- *“La garantía del derecho a la libre información la ejercerá una Autoridad independiente elegida por el Congreso de los Diputados .. con facultades para obligar a las Administraciones Públicas a la entrega inmediata de la información o dato solicitado.”*

Es evidente que, para cumplir con las normas internacionales y respetar el derecho de acceso a la información, España tiene que actuar como otros países y adoptar una plena ley de acceso a la información e instalar un órgano independiente encargado de velar por este derecho.

Esta también fue la conclusión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Claude Reyes y otros vs. Chile. La Corte mandó a Chile que el estado debe “adoptar ... las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información ...” y “realizar ... la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes ...” para garantizar en el futuro el derecho de cada persona a acceder a la información en manos del gobierno.

**Relatoría de conferencias
miércoles 27 de junio de 2007
a las 12 horas**

Irene Rodríguez García

Carlos Cordero, Lorenzo Cotino y Federico López de la Riva se reunían a las 12 de la mañana en la mesa del Salón de Grados de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid. Moderando a estos ponentes se encontraba la doctora Loreto Corredoira, profesora de la propia Universidad madrileña.

Después de las presentaciones oportunas, tomó la palabra Lorenzo Cotino, profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia y coordinador de la Red Derecho TICs (Red de Especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación). El título de su intervención era “Transparencia pública y privada”. Comenzó sus palabras aclarando precisamente el concepto de “transparencia”, la definió como el “grado de acceso de información pública por el público”. A continuación señaló que esa transparencia era necesaria no sólo para controlar a los gobernantes y para evitar la corrupción sino, y de manera especial, para poder participar correctamente en la vida pública. Más adelante indicó que los agentes específicos encargados de hacer que se ejerza esa transparencia son los periodistas, los consumidores, la sociedad civil y las ONG entre otros; pero que, curiosamente, los primeros no son los que más solicitan información pública, no son los que más ejercen el Derecho de Transparencia. Por último, hizo mención a Internet y dijo que en un futuro podría ser el agente modulador del acceso a la información pública.

A continuación fue el turno de Federico López de la Riva, Secretario General del Ayuntamiento de Madrid. Su ponencia llevaba por título “Problemática de la transparencia desde la Administración Pública”. De su intervención señalaré algunos aspectos que atrajeron especialmente mi atención:

1. Dijo que desde la Administración se pide al ciudadano que estudie la historia (al menos la reciente) para poder participar en la vida pública, pero luego no le ofrece las vías para poder acceder a esa historia

2. En cuanto a la Constitución Española dijo que se nota que está “cosida por la noche”, en el sentido de que demuestra que en la época en la que se redactó “reinaba el oscurantismo”.

3. Hizo referencia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En concreto señaló el artículo 37 (“Derecho de acceso a archivos y registros”) que en su apartado 1 dice:

Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos,

*cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud*⁸⁰

Así las cosas, dice López de la Riva, el ciudadano no tiene capacidad de influir en el proceso porque la decisión ya está tomada.

También sobre este artículo el Secretario señala que el ciudadano se ha ido olvidando de ese Derecho de Acceso y no lo utiliza; añade que quienes hacen uso de éste son las partes del proceso o los historiadores. “El ciudadano medio”, dice, “no ha interiorizado la relevancia del derecho”.

4. Para terminar apuntó que no hay necesidad de una nueva legislación, sino de mejorar la que hay.

Por último intervino Carlos Cordero, como representante de la consultora Sustentia. Su ponencia llevaban por título: “Nueve principios para una ley de acceso a la información en España”. Cordero comenzó señalando, como ya lo habían hecho los anteriores oradores, la necesidad de que los ciudadanos posean una buena información para poder tomar decisiones correctamente. Dijo que el Derecho de Acceso es un derecho fundamental, pero también instrumental, que sirve para preservar otros derechos, como el derecho a ejercer el voto. El acceso a la información pública, señaló, “genera buena toma decisiones tanto personales como profesionales”. Por último, hizo una amplia referencia a los “Nueve Principios del Derecho de Acceso a la Información” que daban título a su ponencia. La llamada Coalición Pro Acceso ha sido la encargada de redactar este código y cualquier persona o institución interesada se puede adherir a esta propuesta. De estos principios me llamaron especialmente la atención cuatro:

- Principio 1: el acceso a la información es un derecho de todos.
- Principio 4: los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes.
- Principio 5: Principio de Publicidad e Interés Público: el secreto es la excepción.
- Principio 6: Las negativas deben estar justificadas y limitadas.

Atrajeron mi atención porque son todo lo contrario a lo que ocurre en España hoy en día.

Para finalizar, se abrió un turno de debate en el que los ponentes respondieron a todas las preguntas planteadas por el público.

⁸⁰ No subrayado en el original.

Derecho de acceso a la información y transparencia: herramientas necesarias para la democracia en una sociedad abierta⁸¹

Carlos Cordero Sanz
Director de Sustentia
www.sustentia.com

La transparencia un valor en sí mismo

En tiempos donde los sistemas y estructuras se tambalean, donde la incertidumbre es una variable intrínseca de los entornos, donde las sociedades se mueven, donde existe una tendencia de redescubrir y desmitificar los modelos que explican la realidad, la confianza es uno de los valores más apreciados por los individuos.

La inestabilidad y la crisis de credibilidad de los modelos, en otro tiempo absolutizados e incluso idolatrados, hace que los individuos y las sociedades en su conjunto, busquen una información más directa de los agentes políticos, económicos y sociales, con el fin de poder establecer su propio criterio, que les permita confiar en el sistema y sus agentes.

Las crisis intrínsecas de los modelos políticos, económicos y sociales, son las que han desatado la desconfianza en los mismos, no sólo de los que ya se oponían a ellos, si no, lo que ha sido más grave, de aquellos que confiaban, soportaban y promovían los propios modelos y sistemas. Probablemente la simplificación y la tendencia al dogmatismo de algunos modelos, presentándolos como la panacea social y el único camino posible, hizo que no se fraguara una visión crítica, que avisara sobre los riesgos y crisis potenciales, y que, por tanto, permitiera correcciones, mejoras o cambios de rumbo. Puede que esto explicase que las crisis hayan tenido tanto o más impacto en los agentes internos, que se sentían seguros dentro de ellos, que los externos a los modelos, que ya se oponían a sus fundamentos. En la mayoría de los casos esto creó desconfianza y sensación de gran incertidumbre entre los agentes que soportaban los modelos, poniendo en duda la eficacia y transparencia de los mismos.

Debido a ello la transparencia se ha convertido en un valor imprescindible para generar la confianza, de los individuos y las organizaciones, en los modelos y sistemas en los que se mueven y actúan. También la transparencia se ha integrado como una necesidad en las relaciones entre los distintos agentes que conviven en los sistemas. En

⁸¹ El contenido de este artículo se basa fundamentalmente en diferentes textos relacionados con la Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información elaborados y publicados por el autor, así como en su último apartado, una descripción de los nueve principios definidos por la Coalición Pro Acceso en España.

este sentido, los ciudadanos, como individuos, esperan y exigen transparencia en las organizaciones e instituciones que los representan, los inversionistas demandan transparencia a los gestores de sus inversiones, los consumidores y compradores solicitan mayor transparencia respecto a la información ligada al producto o servicio, los empleados exigen y valoran la transparencia de la gestión de las organizaciones y empresas que conforman, y la sociedad en general exige más información sobre las actuaciones e impactos (económicos, sociales y ambientales) de los distintos actores que inciden en la misma.

Por todos es sabido que una de las bases de la democracia es la participación de los ciudadanos en la gestión de lo público, consiguiendo que las instituciones y administraciones que en realidad desarrollan las funciones más operativas en esta misión sean consideradas como propias, cercanas y abiertas a sus expectativas, necesidades y percepciones. Por tanto los sistemas de gestión de las instituciones que gestionan los bienes y servicios públicos que consiguen una identificación e involucración de los ciudadanos, son los que a la postre ayudarán a la legitimación social de su gestión, al considerarla como de propia responsabilidad. Por ello es necesario establecer sistemas que faciliten la apertura de las instituciones a sus partes interesadas, en especial a la ciudadanía, así como la integración de sus expectativas y necesidades en las estrategias y objetivos que desarrolla.

En este sentido aunque existen distintas formas de integrar a las partes interesadas en la gestión de las instituciones, pocas suelen incluir procesos de comunicación y relación (información, acceso a la información y participación en la generación y gestión de políticas públicas) basados en el principio de inclusión de las mismas. Es obvio que dependiendo del conocimiento, la relación histórica y del nivel de confianza y reconocimiento mutuo alcanzado, entre la institución y sus partes interesadas, los procesos serán más maduros, más abiertos y permitirán mayor eficacia en la aplicación del principio de inclusión.

La confianza no se compra, ni se crea, si no que se genera en un proceso que requiere relación y resultados a lo largo del tiempo. La confianza es un valor frágil que requiere coherencia de las distintas variables que generan la opinión de las personas, y en este caso de las partes interesadas, tanto entre ellas como a lo largo del tiempo. La única forma eficaz de evidenciar la coherencia, de la organización y de sus estrategias frente a los resultados derivados de su comportamiento, es mediante sistemas que garanticen la transparencia con actividades de comunicación.

La transparencia es un valor en sí mismo. Es la clave en las formas de comunicación que emplean, tanto las personas como las organizaciones e instituciones, para relacionarse y generar confianza en los demás. La comunicación no debe ser interpretada como una herramienta unidireccional de transmisión de ideas con las que queremos incidir, si no como un proceso más complejo, normalmente multidireccional, en el que emitimos y recibimos mensajes relacionados, con los que incidimos y nos influyen. Por tanto, entender la comunicación únicamente como la acción de propagar un mensaje es tener

una visión muy limitada de la realidad del concepto. Es evidente que los procesos de propaganda, publicidad, marketing, venta son y deben ser considerados como procesos de comunicación, pero no son los únicos. En este sentido procesos relacionados con la información, la rendición de cuentas, las reclamaciones, la solicitud de información, la negociación, el dialogo, la participación, entre otros, deben ser considerados comunicación también, como lo son los anteriores.

Desde este punto de vista, es fácilmente comprensible entender por qué la transparencia es un elemento imprescindible para garantizar que los procesos de comunicación entre las partes generan la confianza de las mismas.

La transparencia no es el fin de ninguna organización, pero debe ser algo inherente a la misma, así como a sus procesos de gestión y comunicación, para que ser capaz de generar confianza en sus partes interesadas.

Por tanto, la transparencia es un valor o activo de las organizaciones, que permite que la relación con sus partes interesadas sea más eficiente. El valor de la transparencia no es gratuito, si no que es el resultado de la eficacia de los procesos implantados para asegurarla.

Existen distintos procesos en las organizaciones que pretenden asegurar la transparencia, tanto a la organización, como a sus partes interesadas. Entre ellos se pueden destacar los que pretenden medir, recolectar, procesar, transmitir , analizar y comunicar la información que se considera relevante para entender la realidad de la organización y su comportamiento, con el fin de tomar decisiones. Pueden existir procesos sistemáticos establecidos para que este flujo sea periódico, y de esa manera se puedan analizar tendencias y relaciones causa efecto sobre las decisiones tomadas, y los condicionantes del entorno.

Existen otros procesos que lo que buscan es asegurar el grado de fiabilidad y certidumbre de la información recibida sobre la que se basan las tomas de decisiones. Estos procesos se les denominan genéricamente de verificación. Los procesos verificación pueden incluir actividades de validación, inspección o auditoría, entre otras, dependiendo de la metodología, alcance, objetivos de contraste de la información que se emplee. Cada uno de de estos procesos tienen una certidumbre aparejada al resultado de los mismos, y normalmente se emplean los más adecuados a las necesidades de los receptores objetivos de esta información. Por ello parece lógico que estos procesos de verificación, vayan siempre orientados a las expectativas de los usuarios de la información que de ellos se generan.

En suma, tan importantes son los procesos de generación, captación, procesamiento, análisis y comunicación de la información, como los de verificación de la calidad y coherencia de dicha información, desde un punto de vista de lograr la transparencia, y en último caso la generación de la confianza en la misma.

Por último, también enunciar el valor de la transparencia en la protección a las instituciones de los riesgos derivados de errores de su propia gestión, al poder evidenciar y predecir impactos o situaciones de riesgo, tanto por los propios gestores, como por las partes interesadas, y así actuar en consecuencia.

El Derecho de Acceso a la Información

La visión de la sociedad y civilización actual y la normativa internacional se fundamentan sobre los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que los estados se comprometieron a respetar, proteger, asegurar y promover en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Se puede considerar que los Derechos Humanos (DDHH) es un gran Bien Público Global (BPG), que a su vez engloba y condiciona otros Bienes Públicos Globales, como son la libertad, igualdad, la paz, seguridad, la salud, el medioambiente, la justicia, el desarrollo etc. Este BPG es uno de los más legitimados y reconocidos en la arquitectura internacional (normas y organismos) desde después de la segunda guerra mundial. El concepto de DDHH ha ido evolucionando a lo largo del siglo XX pasando de tener un consenso limitado, durante la guerra fría, sobre los que se consideran de primera generación (políticos y civiles) a haberse incluido hasta los de tercera generación (ambientales, culturales y al desarrollo) reconocidos en la actualidad. Los Derechos Humanos son el suelo legítimo del consenso internacional y sobre los que hasta ahora, pocas corrientes del pensamiento político o socioeconómico han cuestionado su respeto, al sustentarse sobre valores básicos universalmente aceptados.

El artículo XIX de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagró el derecho de la ciudadanía al acceso a la información⁸². Este derecho se está viendo desarrollado en los últimos años en legislaciones nacionales (en los últimos 15 años 60 países han aprobado leyes al respecto), así como en recomendaciones de organismos internacionales (Recomendación del Consejo de Europa 2003 sobre el derecho de acceso a la información pública). Todo este desarrollo, sin embargo, se basaba en un inicio fundamentalmente en el derecho que tienen todas las personas a acceder a la información en instituciones públicas, así como en privadas que presten un servicio público o reciban subvenciones de fondos públicos. Sin embargo, el desarrollo de este derecho no termina ahí, pues el derecho de las personas a saber se perfila como un derecho instrumental que permita a las personas defender el resto de derechos, que puedan verse amenazados o impactados por la actuación de las distintas organizaciones o instituciones. Por tanto, la

⁸² Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

recepción de información por parte de las personas es un derecho en sí mismo, como derecho a conocer y para poder generar su propia opinión y tomar las decisiones que considere oportunas, así como para ejercer adecuadamente su derecho a la libertad de expresión.

El derecho de acceso a la información proclama, por tanto, que las personas tienen derecho a conocer aquellas informaciones que les permitan ejercer el resto de derechos proclamados por la Declaración. En este sentido, y en la medida en que las empresas producen impactos sobre la sociedad y el medioambiente que pueden influir en el respeto o protección de alguno o varios de los derechos proclamados, las personas tienen derecho a conocer de qué forma las empresas llevan a cabo sus actividades, qué impactos producen y cómo tratan de solucionarlos. Por tanto, es fácil entender por qué las distintas partes interesadas que pueda tener una institución quieran ejercer el derecho de acceso a la información para evaluar la eficacia en gestión de la misma, el grado de cumplimiento de los compromisos públicos realizados, el grado de probidad en la gestión de lo público, los criterios en la toma de decisiones, así los impactos y los riesgos que su gestión y actividad producen directa o indirectamente a las personas, a la sociedad en su conjunto o algún bien público, global o local.

Es obvio que el hecho de informar no garantiza el respeto de los derechos humanos por parte de las instituciones, ni que la gestión de las instituciones vaya ser más eficiente y más positiva en cuanto a los impactos producidos en las personas que conforman la sociedad, pero supone una herramienta de rendición de cuentas a partir de la cual los ciudadanos y los distintos actores de la sociedad pueden tomar decisiones bien informados.

La transparencia, una de las reglas de la democracia

Al igual que para que se pueda considerar que para que exista un hipotético mercado que se acercara a las condiciones de competencia perfecta, éste debería permitir que todos los potenciales productores y consumidores se relacionasen con información igual y perfecta, en el mismo momento, para poder tomar la decisión que consideraran más acertada, una democracia perfecta podría ser considerada aquella que se base en información igual y perfecta de todos los que las personas que componen el sistema sobre el que se sustenta, para poder tomar la decisión que consideraran más acertada. Con independencia de que cualquier de estas dos hipótesis sean imposibles, lo cierto es que las sociedades realmente abiertas y transparentes demuestran ser más eficaces y eficientes en la gestión de los bienes públicos, garantizando mejor el desarrollo sostenible de sus sociedades, así como las que más eficazmente pueden proteger, garantizar y promover los derechos humanos, a lo largo de sus historia. Por tanto se debe considerar que la transparencia es una herramienta clave, pero no suficiente, para asegurar la higiene democrática, así como para participación e involucración de las personas en la gestión de lo público, en definitiva en la *legitimación real y social* del comportamiento de los gobiernos, las instituciones públicas y los políticos.

En definitiva una democracia será más perfecta, cuanto más abierta, cercana y permeable a las personas y ciudadanos sobre los que se sustenta la soberanía, y en especial a sus expectativas y necesidades reales. Esta visión nos llevaría a entender que la democracia no sólo se *legitima socialmente* a través de los procesos electorales, sino que esta identificación de la ciudadanía con sus instituciones públicas pasa también por su percepción cotidiana sobre el grado de transparencia, apertura, eficiencia y participación, incorporan en realidad sus sistemas y procesos de gestión, decisión y comunicación. En definitiva hasta que punto se puede participar e influir desde la ciudadanía en la gestión y las políticas públicas.

Desde este punto de vista, la transparencia es la base también de que los equilibrios en los procesos electorales sean más difíciles de condicionar con reglas o prácticas contrarias a la libre y justa competencia política. Al contrastar por parte de los electores la información sobre los resultados de la gestión con las ideas, argumentos y propuestas, de cada candidato o formación política, a la hora de tomar su decisión de voto, se garantizaría una igualdad de información por parte de cualquier persona para generar su opinión y decisión. En este sentido las sociedades con ciudadanos más y mejor informados (derecho de acceso a la información y libertad de expresión) favorecen la creación de sistemas más democráticos, más abiertos, más garantistas en el ejercicio real de los derechos civiles y políticos, así como en derechos sociales, económicos y culturales, por parte de las personas que conforman sus sociedades.

En este sentido los sistemas democráticos parten de la base de que los electores están bien informados, y deciden libremente en función de dicha información. Así pues, para tender a prácticas más cercanas a la *democracia de competencia perfecta*, hacen falta unas condiciones básicas de partida; entre ellas, la de información perfecta y a tiempo. En este sentido la transparencia se puede considerar una excelente herramienta para evitar malas prácticas de información privilegiada, malas prácticas en la gestión, prevaricación y corrupción, el mal gobierno de las instituciones, entre otras, al aportar herramientas tanto a electores, adversarios políticos, actores sociales, ciudadanía en general, así como a supervisores para detectar indicios de las mismas.

Lamentablemente en la actualidad, en lo que respecta a la información pública sobre las políticas, estrategias y resultados de la gestión de las instituciones pública, no se dispone de suficiente información, y, en general, la información ofrecida por las instituciones no suele ser ni completa, ni detallada, ni se ofrece con la necesaria periodicidad. En este sentido, como se expone a continuación, prevalece el espíritu corporativo o de marketing electoral sobre el de la rendición de cuentas.

Por tanto, para que la ciudadanía pueda reaccionar e involucrarse en la gestión de lo público, es necesario que haya información fiable, accesible y barata, que permita tomar decisiones correctas. De ahí, la importancia de que esa información no deba ser proporcionada únicamente de manera voluntaria por la institución pública, sino que deberían fijarse unos criterios en los que se establezca qué información sobre la gestión de la misma debe estar disponible y accesible a las partes interesadas, entre las que se

encuentra la ciudadanía, los usuarios, los electores, contribuyentes, los inversores, cualquier persona en general. También debe definirse un sistema que genere confianza a las partes interesadas sobre la calidad y veracidad de la información, para que pueda ser empleada en los procesos de decisión sobre voto, inversiones, solicitud de servicios, o cualquier otra. Después, la ciudadanía a través del sistema electoral premiará a los equipos gestores y políticos que consideren que se han comportado de forma más responsable y eficiente, y según se habían comprometido, y castigará a los que no conserven o ganen su confianza, pues el sistema creado generará la confianza en base a los contenidos de la información pública disponible.

La transparencia y el derecho a la información instrumentos de prevención de la corrupción

La transparencia, la rendición de cuentas y el derecho de acceso a la información son, entre otros, criterios básicos para prevenir y combatir la corrupción. Así se reconoce en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 2003, al establecer que las políticas de lucha contra la corrupción deben basarse en criterios como: la legalidad, la debida gestión de los bienes públicos y privados, la obligación de rendición de cuentas, la participación de la ciudadanía, la transparencia, el derecho de acceso a la información de los ciudadanos, la coordinación de las políticas y actuaciones y la cooperación internacional.

La transparencia y el derecho de acceso a la información son dos instrumentos básicos para prevenir la corrupción, al permitir a las partes interesadas y a cualquier persona de forma individual, poder obtener la información necesaria para generarse una opinión sustentada con la que tomar decisiones. Esta situación hace que, no sólo desaparezca la opacidad u oscuridad de las áreas de información sobre la gestión pública o privada, sino que también desaparezca cualquier clima de seguridad o impunidad de los responsables, ante decisiones injustas y comportamientos irregulares o delictivos.

La tensión generada por la obligación, legal o voluntaria, de rendir cuentas sobre resultados y comportamientos a las partes interesadas minimiza el riesgo en la discrecionalidad de las decisiones ante situaciones de riesgo de corrupción. Esto provoca que los aspectos económicos, sociales y ambientales sean gestionados con criterios de responsabilidad para evitar generar impactos negativos que puedan ser considerados como prácticas corruptas por sus partes interesadas.

La falta de transparencia pone en riesgo a la institución pública, pues limita las posibilidades de prevención de la corrupción o identificación de la misma. Pero además también anestesia a la institución pública, y a sus gestores, ante riesgos reales (económicos, penales, administrativos, de reputación) en caso de que se destape su involucración en algún caso de corrupción, pudiendo llevar incluso a la investigación y suspensión jurídica de los gestores y los órganos de gobierno de la propia institución pública. Esto debería hacer meditar a los gestores de las instituciones públicas sobre la necesidad de implantar sistemas de gestión transparencia y verificación que permitan

asegurar que, en las actividades de su institución o corporación, no se están dando conductas tipificadas como corruptas. También sería necesario, para asegurar el riesgo institucional, establecer sistemas de información y de rendición de cuentas que permitan identificar síntomas de riesgos de corrupción con el fin de actuar correctiva y preventivamente para evitar consecuencias negativas, y en algunos casos irreparables, para la institución pública y la sociedad.

Como se apuntaba la corrupción nace en entornos donde una de sus características es la opacidad o como mínimo la falta de transparencia con la norma. Por tanto, se debe de considerar una situación de riesgo evidente, desde el punto de vista de corrupción, la ausencia de información relevante sobre sistemas de gestión y datos de las relaciones de las administraciones públicas en sus operaciones con agentes privados. Por otra parte, tal ausencia no permitiría a las distintas partes interesadas, en materia de prevención de la corrupción, ejercer su derecho de acceso a la información para poder generar una opinión fundada sobre el comportamiento de la institución en el ejercicio de sus funciones.

En conclusión, el enfoque de comunicación unidireccional y narrativa sobre acciones desarrolladas en un ejercicio, sin aportar datos relevantes completos, no sólo no se puede catalogar como un ejercicio real de rendición de cuentas hacia las distintas partes interesadas, sino que además no es eficaz como herramienta de prevención de la corrupción.

Diferencia entre comunicación y rendición de cuentas

En la actualidad cada vez hay más instituciones públicas que han optado por ampliar su información a campos distintos a los meramente económicos o financieros en sus informes o memorias anuales. Esta tendencia, que no moda, se debe fundamentalmente a las demandas de los distintos agentes de la sociedad, que cada vez requieren una información más completa que les de una imagen más fiel de la realidad de las organizaciones.

En definitiva la aparición de información cada vez más frecuente y valiosa de las organizaciones junto a las económicas no debe clasificarse como una excentricidad coyuntural de las modas del marketing, pues las variables que más dinamizan este comportamiento no se generan internamente en las instituciones públicas. Si la publicación de esta información sólo se debiera la voluntad de las organizaciones, sin que existiera demanda externa de sus partes interesadas y de los actores sociales, entonces sí podría considerarse una posible acción de marketing diferenciador con una vida efímera. Pero los hechos, tanto en España como fuera de ella, demuestran que no estamos ante una moda pasajera, sino ante un nuevo paradigma de la visión de las instituciones desde las sociedades, y, por tanto, desde sus partes interesadas. En este nuevo paradigma la valoración de las instituciones públicas, por sus partes interesadas, se basa no sólo en los aspectos económicos, sino también en los sociales y ambientales, como un todo global.

En este sentido, si analizamos la información publicada sobre la gestión de la institución pública hay dos formas de orientar la naturaleza de los documentos que se publican. Una que busca el informar o narrar compromisos y acciones relacionadas con la gestión de las organizaciones informantes, en la que puede predominar un enfoque descriptivo, no siempre estructurado y no necesariamente detallado. Y otra en la que su objetivo principal es informar sobre las políticas, acciones, procesos, resultados obtenidos e impactos medidos en un periodo determinado, y cuyo objetivo último es el de rendición de cuentas ante sus partes interesadas.

Respecto al primer enfoque el objetivo principal es transmitir información relacionada sobre aspectos de la gestión mediante narración de hechos, intenciones o acciones reseñables, pero no significativas del conjunto de la organización. Por tanto, el riesgo es que no necesariamente esta información va a permitir evaluar el comportamiento y el grado de acierto o coherencia de las estrategias y políticas de la organización informante, al no cubrir siempre la información todo su alcance geográfico o de actividades, o al no aportar información de todos los aspectos relevantes de su gestión de los recursos, servicios y bienes públicos. Otro riesgo, que tiene esta práctica, es que no necesariamente se aporta información que permita la comparación de evolución temporal, ni de resultados por unidades de actividad, ni por entorno geográfico, al no ser en muchos casos incluidos datos o cifras cuantitativas sobre resultados, o estos no estar consolidados y desglosados adecuadamente. También en otras ocasiones se pueden aportar datos en que al receptor de la información no le sea fácil valorar la relevancia de los mismos, al no informar sobre las normas de consolidación empleadas por la organización informante.

Es obvio entender que la organizaciones que optan por emplear esta forma de comunicar hacen predominar el objetivo de transmitir que se está haciendo algo, sobre los aspectos de la gestión de los recursos, servicios y bienes públicos sobre los que se informa, más que dar una imagen fiel de lo que ha ocurrido con la gestión de los mismos en el periodo del que se informa.

El segundo enfoque, tal y como se apuntaba, tiene un objetivo de rendición de cuentas sobre lo ocurrido, frente a lo comprometido públicamente. Por tanto, informa sobre decisiones y acciones tomadas, resultados e impactos de las mismas, así como sobre los elementos del entorno e internos que han condicionado dichos resultados e impactos, con el fin de que el receptor de dicha información pueda evaluar y tomar decisiones con cierta certidumbre.

Las organizaciones que entienden que el principal objetivo de sus canales y soportes de comunicación es transmitir la información más relevante de forma transparente y en modo adecuado, para que pueda servir para la toma de decisiones a sus partes interesadas, optarán por la metodología de rendición de cuentas.

La metodología de rendición de cuentas requiere unos sistemas de medición, recopilación, procesamiento, consolidación y análisis de la información precisos, robustos y fiables, que aseguren, tanto la certidumbre de los datos como la objetividad, neutralidad

y transparencia del proceso. En este sentido se considera necesario también hacer una descripción de las normas o criterios de consolidación de los datos, así como los criterios de niveles de desglose y presentación de la información, coherentes con la realidad de la actividad y alcance de la organización.

Por otra parte, la rendición de cuentas en el ámbito de la gestión de lo público implica que la institución pública informante asume el impacto económico, medioambiental y social de sus actividades y decisiones, y por ello, opta por informar en un documento público. De este modo la institución pública admite que las partes interesadas tienen el legítimo derecho de acceder a esa información y de plantearles cuestiones sobre la misma. Esta es quizás la diferencia frente a la otra aproximación en la que la organización de forma unívoca decide tanto en cómo, sobre qué y hasta cuando informar, sin tener en cuenta las expectativas de las partes interesadas, verdaderos destinatarios de la información.

El enfoque *multistakeholder* en la gestión de lo público precisamente requiere involucrar y ser participativo con las partes interesadas, para que un sistema de rendición de cuentas en este ámbito sea eficaz. Pues las partes interesadas son las que pueden orientar correctamente hacia, sobre qué, cómo, cuándo y hasta cuanta información esperan para poder generar una percepción adecuada sobre el comportamiento de la organización, y así tomar sus decisiones.

Nueve principios para una ley de acceso a la información⁸³

Como se ha mencionado anteriormente si se considera que una parte importante la apertura y de la transparencia de las instituciones se basa en facilitar el ejercicio real del acceso a la información por parte de las personas, con el fin de involucrarles y facilitar la identificación y generación de confianza con la institución, sería necesario definir una arquitectura legal normativa que lo ordenase.

Con independencia de otras características y matizaciones que deba tener la intervención legislativa sobre el derecho de acceso a la información, para que éste sea garantizado de forma eficiente en la relación entre instituciones y ciudadanos, cualquier tipo de iniciativa debería contemplar al menos los siguientes principios, para que realmente esta sea eficaz.

⁸³ Texto fundamentado en los nueve principios definidos por la Coalición Pro Acceso en España 2007

1. El acceso a la información es un derecho de todos.

El derecho de acceso a la información es universal, es decir, las solicitudes de información no pueden restringirse, según la naturaleza del solicitante, su nacionalidad o profesión. Asimismo, no debe haber necesidad de justificar las razones por las que se está buscando la información⁸⁴.

2. El derecho se aplica a todas las entidades que desarrollen funciones públicas.

El público tiene el derecho a recibir información en posesión de cualquier institución – incluidos la administración del estado, el poder judicial, el poder legislativo, órganos autónomos públicos, e entidades privadas que realicen funciones públicas. Es englobaría también a todas aquellas, que siendo o no de naturaleza pública, en el alcance en el que prestaran servicios públicos, desarrollasen políticas públicas, recibieran financiación pública, así como aquellas que afectasen o incidiesen sobre bienes públicos.

3. Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito⁸⁵.

Sencillo: Solicitantes tienen el derecho de realizar solicitudes de forma escrita u oral, en los idiomas oficiales de su autonomía, y el único requisito debe ser proporcionar un nombre, un domicilio y la descripción de la información buscada.

Rápido: La información debe ser entregada inmediatamente o dentro un plazo de 15 días hábiles. En casos excepcionales, cuando la solicitud sea complicada y siempre con notificación al solicitante, la entidad pública puede ampliar este plazo por una sola vez por 10 días hábiles

Gratuito: Acceso a la información es gratuita. Solicitantes tendrán el derecho de consultar documentos que contienen la información buscada y/o recibir información por correo electrónico de forma gratuita. Se podrá cobrar una tasa al solicitante por copias de documentos, la cual deberá de ser razonable y no exceder el coste real incurrido por la autoridad pública. De misma manera, para información entregada en otros formatos (como CDs, cintas de audio y/o video, etc.) se puede cobrar únicamente el coste del soporte.

⁸⁴ La Recomendación del Consejo de Europa establece: “Los estados miembros deberán garantizar el derecho de todos los individuos a tener acceso, bajo previa solicitud, a documentos oficiales en la posesión de las autoridades públicas. Este principio deberá aplicarse sin discriminación de ningún tipo, incluyendo origen nacional.” (Principio III)

⁸⁵ La Recomendación de Consejo de Europa requiere que: “Las formalidades para las solicitudes deberán reducirse al mínimo” y que: “Las consultas de documentos oficiales originales en el establecimiento deberán, en principio, estar exentas de pago. Se podrá cobrar una tasa al solicitante por una copia del documento oficial, la cual deberá de ser razonable y no exceder el costo real incurrido por la autoridad pública.”

4. Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes.

Los funcionarios públicos deben ayudar a los solicitantes para realizar sus solicitudes. Si una solicitud esta dirigida a una institución pública que no es competente, los funcionarios deben transferir la solicitud al organismo correspondiente.

Cada entidad pública y privada obligada por la ley de acceso a la información tiene que designar a uno o más funcionarios como Responsables de Información. El Responsable de Información recibirá y gestionará solicitudes, ayudará a miembros del público en sus búsquedas para información, y promoverá conocimiento del derecho de acceso a la información dentro su institución.

5. Principio de publicidad e interés público: el secreto es la excepción.

Toda la información en manos de las instituciones públicas se somete al principio de publicidad.

La información sólo puede ser reservada por un estrecho conjunto de razones legítimas establecidas en el derecho internacional, recogidas y definidas en la ley nacional, sujeto a una prueba de interés público. La información debe siempre ser facilitada cuando el interés público supere cualquier daño que su apertura pueda ocasionar.

La información sobre amenazas al ambiente, la salud o los derechos humanos, así como la información que puede revelar corrupción, no puede ser reservada, por el alto interés público que esa información contiene.

6. Las negativas deben estar justificadas y limitadas.

La excepción del secreto de la información pública deberá ser declarada por la autoridad competente según el procedimiento legal previsto que buscará la protección de la intimidad de las personas, la averiguación de los delitos y la seguridad nacional (los límites establecidos en el 105(b) de la Constitución Española) u otro permitido por normas internacionales como medida proporcional en una sociedad democrática. Toda negativa debe establecer claramente las razones para no revelar la información.

La ley debe establecer el principio de acceso parcial: Cuando un documento contiene información solicitada junto con otra información que cae bajo una de las limitaciones permitidas por ley, la entidad tiene que separar la información reservada de la que puede entregarle al solicitante.

7. Todas las personas tienen el derecho de apelar una decisión adversa.

Todos los solicitantes tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de este derecho y para impugnar la negativa a entregar la información por parte de un organismo público.

Las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes (silencio administrativo) podrán ser impugnadas mediante el régimen de recursos administrativos

previstos en la Ley y, en su caso, en vía contencioso-administrativa, a través del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de las personas previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

8. Los organismos públicos deben poner a disposición del público la información esencial y trascendente que les corresponde.

Todos los organismos públicos deben poner a disposición del público un registro de todo los documentos que poseen y deben asegurar acceso fácil y gratuito a información sobre sus funciones, responsabilidades y aquella información trascendente que les corresponda, sin necesidad de que esta información sea solicitada. Dicha información debe ser actual, clara, y estar escrita en lenguaje sencillo.

Los organismos públicos deben publicar los nombres de los funcionarios Responsables de Información, junto con sus números de teléfono y direcciones de correo electrónico. De misma manera tienen que informar el público de su derecho de solicitar información y detalles sobre los mecanismos para hacer una solicitud.

9. El derecho debe ser garantizado por un órgano independiente.

Debe establecerse una agencia o comisionado específico e independiente para revisar las negativas de acceso a la información, promover su conocimiento y avanzar en el desarrollo de este derecho.

Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos

Dr. Lorenzo Cotino Hueso⁸⁶

Profesor Titular de Universidad de Derecho Constitucional
Universitat de Valencia

A modo de introducción. Una Ley que no ha regulado el acceso electrónico a la información pública frontal y globalmente

La administración electrónica es en muy buena medida información electrónica

Los poderes públicos van haciendo efectivas las diversas fases de implantación de la administración electrónica⁸⁷, en especial las primeras, que son precisamente las que

⁸⁶ cotino@uv.es, www.cotino.net (donde están accesibles muchos de mis trabajos citados). Profesor titular de Derecho constitucional de la Universitat de Valencia y coordinador general de la Red Derechotics (www.derechotics.com). El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación "De la administración al gobierno electrónicos: régimen e implicaciones jurídicas y constitucionales" (SEJ2005-09191/JURI), así como el proyecto "Modelos de participación ciudadana en el ámbito municipal que permitan la integración de los nuevos ciudadanos" (SEJ200764431), financiados con Fondos FEDER.

⁸⁷ Se opera una sistematización a partir de diversos de los estudios relativos a la Administración electrónica consultados, en concreto, se exponen se siguen las etapas expuestas por GASCÓ HERNÁNDEZ, Milagros, "Una aproximación a la definición de políticas de inserción en la sociedad de la información" en *Actas del VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Buenos Aires, 5 y 9 de noviembre de 2001, disponibles en <http://www.clad.org.ve/congre6.html> (22/12/2001); SEGURA, Jorge F., "Gobierno electrónico: su aplicación en los gobiernos estatales y regionales", en *Actas del VI ... cit.*; MARTÍN RODRIGO, Tomás, "Proyectos para una Administración electrónica en España", en *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, nº 20, junio 2001, págs. 197- 227; LINARES GIL, Maximino I., "La firma electrónica en el procedimiento administrativo", en el marco de las *Jornadas sobre Firma Electrónica*, celebrada el 6 de Junio de 2000 en la Universidad de Murcia, disponible en <http://www.um.es/si/ssl/otros/FEyAEAT.html> (12/5/2001), CARCENAC Thierry, *Méthodes et Moyens. Pour une administration électronique citoyenne, Informe del diputado de Tarn al primer ministro*, 19 de abril de 2001, disponible en la red (2003). Asimismo, los ya citados trabajos realizados en la cooperación GOL-7 (*Government on-line projects*, del G-8), "G7 Government Online and Democracy White Paper" (<http://www.statskontoret.se/gol-democracy/index.html>) y, particularmente, el más reciente AA. VV., *Online consultation in gol countries. Initiatives to foster e-democracy*, cit. proyecto GOL e-democracy, de 6 de diciembre de 2001, son clara muestra de que las experiencias de accesibilidad a la información pública son la base y quedan concebidas como el primer estadio de la Democracia electrónica.

ponen el acento en el acceso a la información. Sin perjuicio de que todo sea mejorable, no hay duda que hay grandes avances y relevancia del acceso y accesibilidad a la información sobre y de la Administración (primera fase). Asimismo, la fase de interacción básica, caracterizada en muy buena medida por la posibilidad de comunicación del administrado con la Administración, aún con no pocos problemas, se va instaurando. La tercera fase, de interacción avanzada en ambos sentidos administrado-Administración, hasta la prestación total de servicios y plena tramitación está en marcha. Por el contrario, la culminación del gobierno electrónico con las formas de participación y democracia digital –cuarta fase- está en un estadio aún incipiente⁸⁸.

Frente a promesas que podían parecer idílicas, hoy día ya no cuesta tanto asumir la potencialidad de los grandes beneficios de la implantación de la administración electrónica puede reportar al administrado. Entre otras muchas⁸⁹, cabe significar algunas vinculadas con el acceso a la información y conocimiento, a saber:

⁸⁸ La apuesta por la e-participación, e-transparencia y e-democracia, lejos de retóricos programas aún es bastante incipiente. Sobre el tema, mis trabajos, “De qué hablamos cuando hablamos de democracia y participación electrónicas”, en AAVV. *Cuestiones Actuales de Derecho de las tecnologías de la información y comunicación (TICs)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 43-62 o “El voto electrónico o la casa por el tejado. La necesidad de construir la democracia y participación electrónicas por los cimientos”, en COTINO HUESO, L. (coord.) *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Colección Sociedad de la Información, Granada, 2006, pp. 171-198.

⁸⁹ - Reducción de los plazos de tramitación y agilización de las decisiones;

- Facilitación de la presentación de escritos, documentos y solicitudes a través de los registros electrónicos, con un régimen de 7 (días) * 24 (horas) * 365 (días al año).

- Ahorro de tiempo, ya por la comodidad en la interacción, por la evitación de desplazamientos y repeticiones por mala información, ya por la innecesariedad de aportación de información y documentación en las actuaciones por los administrados, ya por la posibilidad de efectuar diversos tipos de transacciones (ej: pagos electrónicos).

- Estimula la simplificación y racionalización de los trámites que habrán de adecuarse a la optimización de las aplicaciones informáticas.

- Posibilidad de integración de servicios administrativos que son competencia de diversos agentes públicos (servicios multi-Administración), posibilitando sistemas de ventanillas únicas que dan respuesta a la necesidad del administrado con independencia de los variados responsables.

- Facilita el proceso de notificaciones y comunicaciones electrónicas, con las ventajas tanto para el administrado cuanto la eficacia de dichos actuaciones limitando inconvenientes de dilatan el procedimiento.

- Las TICs facilitan la pluralidad lingüística del Estado y el ejercicio de los derechos lingüísticos, posibilitando más el ejercicio efectivo de la preferencia lingüística y superando incluso los límites territoriales del ámbito de la cooficialidad.

- Mejora generalizada de los servicios, mejora también de la gestión de los asuntos y de la gestión del conocimiento en las organizaciones públicas.
- Más y mejor información sobre los servicios y actuaciones, sobre los requisitos que se imponen técnica y jurídicamente sobre la interacción administrativa que se pretende realizar.
- Posibilidad de personalización de los servicios y estructuración de la oferta según el destinatario y sus necesidades específicas.
- Facilita la comunicación formal o informal del administrado con la Administración al respecto de consultas e información, comparecencias, participación en órganos colegiados, etc.
- La gestión documental permite exigir menos documentación al ciudadano al tiempo que aporta mayor calidad a la información que ha de gestionarse procedimentalmente, con mejores resultados en la decisión. Asimismo, mejora la posibilidad de incorporar documentación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento de que se trate.
- El administrado puede hacer un mejor seguimiento de su situación en la actuación administrativa con posibilidades preventivas de mejorar la calidad jurídica de ésta en razón del acceso y calidad de la información y posibilidades de influencia en el procedimiento antes de la decisión. Así, se posibilita el acceso al expediente, el conocimiento del estado de la tramitación, al igual que las posibilidades de alegaciones previas a la decisión administrativa

A lo anterior, de tipo más funcional, cabe subrayar, también desde la perspectiva del ciudadano, la enorme potencialidad de las TICs para la transparencia, el acceso a más y mejor información en general así como al ejercicio del derecho de acceso a la documentación administrativa. Y estas posibilidades quedan también vinculadas a las posibilidades de los ciudadanos y los grupos en los que se integra de participar en la Administración y los procesos decisionales. Y todo ello, en principio, con mayor eficiencia⁹⁰.

Pero esta Ley ha renunciado a regular frontalmente el acceso a la información pública

No es lugar ahora para señalar la potencialidad total de los medios electrónicos para facilitar más y mejor información pública⁹¹, así como para garantizar el derecho de

⁹⁰ Cuanto menos en teoría, drástica reducción de todos los gastos (costes de transacción) tanto para el administrado como para la Administración (costes de búsqueda, de información, de negociación, de control, de cumplimiento).

⁹¹ Respecto de la transparencia pública y acceso a la información, en particular por su vínculo con los medios electrónicos, sin duda la referencia obligada es Agustí Cerrillo Martínez. Quien durante más de una década no cesa en la publicación de monografías y artículos sobre el particular. Entre

acceso, al tiempo del débil compromiso normativo hasta la fecha⁹². La actualización de nuestro ordenamiento jurídico sobre acceso a la información por medios electrónicos es una de las grandes tareas pendientes en España⁹³. De hecho, el fomento de las nuevas formas de información “On-Line” y una ley de acceso a la información fue una promesa electoral del partido que luego accedió al Gobierno en la VII Legislatura⁹⁴. En el nivel estatal queda superado completamente el Real Decreto 208/1996, de 9 febrero, es la norma estatal que regula de forma genérica los servicios de información administrativa y

otros, “La participación de la sociedad civil en los órganos colegiados de la Administración (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2003)”, en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, nº 126, 2005, pags. 323-334; “E-información : hacia una nueva regulación del acceso a la información”, en *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, nº. 1, 2005; “La transparencia digital y los claroscuros de la administración electrónica”, en *Gobernanza: Revista internacional de gobernabilidad para el desarrollo humano*, nº. 10, 2004; “La información administrativa en el ámbito local : El caso del Ayuntamiento de Barcelona” (con Alfredo Galán Galán), en *Revista de estudios de la administración local y autonómica* nº 283, 2000, pags. 509-566; “Publicidad y transparencia en el Parlamento Europeo”, en *Revista de las Cortes Generales*, nº 45, 1999, pags. 7-46; “Régimen Jurídico de la Información Administrativa”, en TORNOS MAS, Joaquín y GALÁN GALÁN, Alfredo (coords.), *Comunicación pública : la información administrativa al ciudadano*, 2000, pags. 214-292.

De particular interés su más reciente colaboración en “Administración electrónica”, en PEGUERA POCH, Miquel (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, UOC, Barcelona, en concreto, pags. 231-286.

⁹² Justo al respecto de esta cuestión dedico el estudio, con un seguimiento de toda la legislación estatal, autonómica e incluso local en “El débil compromiso normativo por la transparencia y participación electrónicas. Situación actual y posibilidades de futuro”, en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías* (Colección Sociedad de la Información nº 13), Comares, Granada, 2007, pp. 35-87.

⁹³ Sobre el estado de la transparencia en España, cabe remitir a AA. VV. *Transparencia y silencio. Estudio sobre el acceso a la información en España*, Sustentia, Madrid, octubre de 2005. Disponible en www.sustentia.com.

⁹⁴ En efecto, se trata del Capítulo V del Programa electoral del PSOE en 2004, relativo a la democracia, págs. 40-41 en el que se afirma “Fomento de las nuevas formas de información “On-Line”: El PSOE apoyará y fomentará las nuevas formas de información a través de la red, incluido el desarrollo del periodismo “on-line”. Y, a renglón seguido: La ley de la libre información. [...] Impulsaremos una Ley sobre el derecho al libre acceso a la Información, que garantice que todos los poderes, autoridades públicas y entidades sostenidas con fondos públicos, faciliten, en tiempo útil, el libre acceso a toda información o documento oficial, con la única excepción de lo que atente a la legislación de protección de datos o de secretos oficiales. La autoridad requerida deberá motivar, en su caso, su negativa a dar información o documentación.

La garantía del derecho a la libre información la ejercerá una Autoridad independiente elegida por el Congreso de los Diputados, por mayoría cualificada, con facultades para obligar a las Administraciones públicas a la entrega inmediata de la información o dato solicitado.”

atención al ciudadano del ámbito estatal. En el ámbito autonómico, hay soluciones diversas y heterogéneas, habiendo de destacarse los compromisos normativos desde antiguo en el Decreto 324/2001, de 4 de diciembre de la Generalitat de Cataluña y destacando la avanzada regulación gallega en la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. Un referente indudable lo constituye Barcelona, bien por su Reglamento que aprueba las Normas reguladoras de la participación ciudadana del Municipio de Barcelona, de noviembre de 2002⁹⁵, bien por su Ordenanza reguladora de la administración electrónica aprobada por el Consell Plenari el 24 de marzo de 2006.

Pues bien, pese a que la administración electrónica en buena medida es acceso a la información por medios electrónicos, la cuestión no ha sido objeto directo de atención en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos⁹⁶ (en adelante, “LAE”). El referente del que debería aprender el legislador estatal es, precisamente, él mismo. Resulta de extraordinario interés la regulación de la transparencia exigida a las sociedades cotizadas a través de la Ley 26/2003, de 17 de julio y su muy interesante normativa de desarrollo⁹⁷. Sería más que deseable que el ciudadano español tuviera, cuanto menos los mismos derechos de información y participación

⁹⁵ Aprobadas en el Consejo Plenario de 22 de noviembre de 2002. Disponible en <http://www.bcn.es/participacio/castella/pdf/normasreguladoras.pdf>

⁹⁶ Al respecto de la misma, resulta referente obligado GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

⁹⁷ La Ley 26/2003, de 17 de julio, Ley por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. Su muy interesante desarrollo se da a través de:

Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.

Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades.

Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas

Y Orden ECO/354/2004, de 17 de febrero, sobre el informe anual de Gobierno Corporativo y otra información de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores.

electrónica que tiene un accionista respecto de su sociedad en la medida en la que el paralelismo se puede hacer⁹⁸. Habrá que esperar al futuro.

Cierto es que de forma genérica puede seguirse la transparencia y el acceso a la información como “fines” de la LAE (art. 3. aptdos. 4º y 6º)⁹⁹:

“4. Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general.

6. Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales.”

Asimismo, como “principios generales” del artículo 4, cabe destacar las letras c, h y el de la letra k, aparecido en el Senado:

“c) Principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos en los términos establecidos por la normativa vigente en esta materia, a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran.”

“h) Principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos.”

“k) Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas.”

Pese a tratarse de “principios”, no hay que dudar de su proyección jurídica en la interpretación misma de la ley general y particular, como más adelante se señala. De igual modo, no debe obviarse la importancia de la letra h) al respecto de la responsabilidad por la información administrativa, vinculable al derecho a la calidad reconocido en el artículo 6. 2º de la LAE.

⁹⁸ Sobre el tema MUÑOZ PÉREZ, J. M. (2005): *Nuevas Tecnologías en el Funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Madrid, Civitas y VAÑÓ VAÑÓ, M. J. (2006), “Derecho de sociedades y comunicaciones electrónicas”, en AAVV. *Cuestiones Actuales de Derecho de las tecnologías de la información y comunicación (TICs)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 225-256.

⁹⁹ Sobre los “fines” y “principios” de la Ley, cabe al trabajo de GAMERO CASADO, Eduardo, “Capítulo primero: objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes”, en la obra citada en nota posterior.

De igual modo, tiene gran potencial jurídico lo dispuesto en el artículo 34 b), por cuanto la implantación de la administración electrónica exige el rediseño y análisis previo de determinados factores, y en concreto, “b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.”

Se trata de proclamaciones que tienen alcance jurídico y una dimensión también política. Ahora bien, y en todo caso, pese a no haberse afrontado frontal, directa y globalmente la regulación de la materia, lo cierto es que a lo largo de la ley y, especialmente aquí se aborda, en el reconocimiento de derechos de la ley¹⁰⁰, sí que está presente el acceso a la información pública por el público bajo diversas fórmulas y modalidades.

En este estudio se analiza específicamente la regulación del acceso a la información en la LAE a partir de su catálogo de derechos y la conexión de éstos con diversos preceptos de su articulado.

Acceso a la información a través del derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración (artículo 6. 1º)

El eje medular de la ley es el reconocimiento, y como derecho subjetivo, del derecho a relacionarse con las Administraciones públicas utilizando medios electrónicos. El mismo se reconoce en el artículo 6. 1º LAE:

- “Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.”

La formulación de este derecho es tajante a través de una norma categórica, puesto que la norma ya contiene la condición de aplicación del derecho y no requiere de una interpretación sistemática para saber cuándo debe ser aplicada¹⁰¹. Como se señala en la Exposición de Motivos (I), “La contrapartida de ese derecho es la obligación de éstas [las administraciones] de dotarse de los medios y sistemas electrónicos para que ese derecho pueda ejercerse”. Una mala actividad del obligado o su total inactividad pueden conducir

¹⁰⁰ En general, sobre todos los derechos de la LAE, mi trabajo, “Derechos del ciudadano”, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, págs. 126-270 (paginación provisional).

¹⁰¹ ARANGO, R. (2005): *El concepto de derechos sociales fundamentales*, (con prólogo de Robert Alexy), Legis-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pág. 132.

a la vulneración de este derecho. Sin perjuicio de ulteriores precisiones, en general será fácilmente constatable la vulneración del derecho cuando no sea posible para el ciudadano establecer la pretendida relación electrónica con la Administración para cualquiera de las finalidades que se expresan. El derecho está formulado de forma autónoma y no subsidiado y limitado a lo dispuesto por el resto de la LAE, sin perjuicio de que la ley –y del ordenamiento jurídico- son elementos imprescindibles para la concreción de su contenido y alcance.

El derecho a la relación electrónica queda limitado a las finalidades dispuestas en el artículo 6. 1º LAE. De entre las mismas, cabe fijar la atención en la del ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la LRJAP, la finalidad de obtener informaciones así como de realizar consultas.

El derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la LRJAP

En el artículo 35 LRJAP se reconoce el estatuto básico del administrado en España. En algún trabajo anterior tuve ocasión de señalar la potencialidad de las TICs para hacer efectivo los derechos ahí recogidos, que en muchos casos no han pasado del papel. No obstante, la técnica elegida de garantía del ejercicio por de estos derechos en las relaciones electrónicas, con reenvío en bloque al artículo 35 LRJAP no es especialmente plausible.

Cabe significar que diversos de estos derechos de los que interesan desde la perspectiva del acceso a la información administrativa tienen ya su reconocimiento específico en la LAE:

- Así sucede con el derecho del artículo 35 a) LRJAP (conocer estado de la tramitación) que queda vinculado directamente a la letra d) del artículo 6. 2º LAE y queda desarrollado de forma concreta en el artículo 37 LAE.

- Con el artículo 35 a) LRJAP por cuanto a la obtención de copias del procedimiento, reconocido en la letra e) del artículo 6. 2º LAE.

- El derecho artículo 35 i) LRJAP sobre el respeto, deferencia en el trato y facilitación de ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones, a mi juicio queda subsumido (y superado) en el derecho a la calidad de los servicios electrónicos del artículo 6. 2º j) reconocido de forma expresa en el artículo 6. 3º LAE.

En estos casos, cabe remitir al comentario específico al respecto y, obviamente, el reenvío de este artículo 6. 1º LAE no tiene sentido normativo.

En otras ocasiones, sólo parcialmente cabe entender reconocidos en la LAE algunos derechos del artículo 35 LRJAP.

- El derecho del artículo 35 b) LRJAP a identificar a autoridades y personal, sólo está parcialmente reconocido de forma expresa en el artículo 6. 3º LAE.

- Lo mismo sucede con el artículo 35 g) LRJAP a obtener información y orientación sobre requisitos a proyectos, actuaciones o solicitudes, sólo está parcialmente reconocido de forma expresa en el artículo 6. 3º LAE

- El artículo 35 e) LRJAP del derecho de acceso a registros y archivos, en buena medida está reconocido por el artículo 6. 2º e) LAE.

En estos supuestos, cabe analizar el sentido normativo que cobra el reconocimiento a través del artículo 6. 1º LAE.

Sobre la base de lo expuesto, cabe centrar ahora la atención en diversos de los derechos referidos de interés desde la perspectiva del acceso a la información.

Como se ha adelantado, la técnica de la mera remisión al artículo 35 LRJAP es insatisfactoria, puesto que realmente estos derechos requieren de una regulación concreta para su proyección en plenitud a las relaciones electrónicas. En efecto, en los tres casos se trata de acceso a la información administrativa en un sentido más o menos amplio.

El artículo 35 e) LRJAP del derecho de acceso a registros y archivos, en buena medida está reconocido por el artículo 6. 2º e) LAE.

En razón del artículo 6. 1º LAE y por remisión al artículo 35 LRJAP se reconoce el ejercicio por medios electrónicos del derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones públicas en los términos previstos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico (art. 35 e) LRJAP)¹⁰². Respecto del acceso a los documentos en los procedimientos en los que se tenga la condición de interesado, este derecho queda regulado específicamente en el artículo 6. 2º e) LAE, a cuyo comentario posterior cabe remitir.

La importancia del ejercicio de este derecho de acceso y las posibles dificultades de su ejercicio pleno a través de medios electrónicos exigen una regulación particular que no se da en la LAE, siendo especialmente insuficiente tanto la mera remisión al artículo 35 LRJAP en el artículo 6. 1º LAE ni el socavado reconocimiento del derecho de acceso en el artículo 6. 2º e) LAE. No obstante, el derecho queda reconocido y su ejercicio se ha de posibilitar electrónicamente. Mientras no se adecue la legislación para el ejercicio electrónico de este derecho con todo lo que implica, la Administración obligada –la AGE

¹⁰² Sobre el tema, entre otros, FERNÁNDEZ RAMOS S.: *El Derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997; “Algunas proposiciones para una Ley de Acceso a la Información”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº. 105, 2002, pp. 881-916, 2002 disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art5.htm> y *La información y la participación ciudadana en la Administración local*, BOSCH, Barcelona, 2005. Asimismo, POMED SÁNCHEZ, L. A. “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, núm. 142 de la Revista de Administración Pública, 1997 y MESTRE DELGADO, J. F.(1998): *El derecho de acceso a Archivos y Registros administrativos. Análisis del art. 105.b) de la Constitución*, Madrid..

y sus organismos- habrá de salir al paso de solicitudes particulares por medios electrónicos de acceso a los registros y archivos a fin de satisfacer este derecho.

En el plano normativo, la referencia evidente en la materia es la famosa FOIA de los Estados Unidos de 1966¹⁰³, ampliamente enmendada (¡el 2 de octubre de 1996!) para su adecuación al fenómeno tecnológico por la llamada Electronic Freedom of Information Act¹⁰⁴. En Europa, además de la legislación de los diferentes países que se va adecuando a la materia¹⁰⁵ cabe fijar la atención en el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145 de 31 de mayo de 2001)¹⁰⁶.

¹⁰³ The Freedom of Information Act 5 U.S.C. § 552

¹⁰⁴ Me permito destacar que la norma impone muchas obligaciones de información activa. Así la ley de 1996 añadió la exigencia de poner disponible al público la copia de todo archivo, sin perjuicio de su formato, que la Administración considere por su contenido que sean de probable interés para otros expedientes, así como un índice general de archivos referidos. Cada Agencia debe hacer disponibles a través de la red todo archivo creado después de 1 de noviembre de 1996, sin perjuicio de que debe borrar los detalles de identificación del documento que publiquen, explicando por escrito la justificación de lo que se borra (552 (a) 2º d). Asimismo, desde 1967 se obligaba a cada Agencia a mantener accesible por el público un índice con información de identificación de todo lo debatido, decidido o promulgado desde 1967 y, por lo que más interesa, cada agencia tuvo que hacer este índice disponible por telecomunicaciones computerizadas el 31 de diciembre de 1999. Esto por cuanto a la información activa. Ya en el apartado 3, se señala que sobre el resto de documentos no mencionados anteriormente, cada agencia debe hacerlos disponibles a la persona solicitante, según el formato que ésta solicite y sea posible. Para ello cada Agencia debe hacer esfuerzos razonables para mantener sus archivos en formatos reproducibles (552 (a) 3º b). Es más, los esfuerzos razonables deben ir en la dirección localizar electrónicamente los documentos, siempre que tales esfuerzos no interfieran significativamente en el sistema de información automatizado de la Agencia. (552 (a) 3º c).

¹⁰⁵ Al respecto, cabe seguir la legislación de los países en www.derechotics.com sección documentostics, e-transparencia.

¹⁰⁶ Al respecto, mi trabajo, “El derecho fundamental del ciudadano administrado europeo a la transparencia e información pública”, en *Libro homenaje a D. Íñigo Cavero*, (coord. José Peña González), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 725-754. En el articulado de esta norma se aprecia transversalmente el fenómeno virtual: artículo 2. 4º (los documentos serán accesibles por escrito o en forma electrónica); el concepto mismo de documento es inclusivo del formato electrónico (art. 3. a)); las solicitudes de acceso obligatoriamente se admiten en formato electrónico (art. 6. 1º); si lo elige el solicitante, debe facilitarse el acceso electrónicamente siempre que haya copia electrónica disponible. El acceso electrónico es siempre gratuito (Art.- 10. 1º y 3º). Asimismo, y con total relevancia, se obliga a toda institución a poner un registro de documentos con acceso electrónico, operativo obligatoriamente desde 3 de junio de 2002 (art. 11). Finalmente, se impone la obligación, “en la medida de lo posible” de información activa por las instituciones, esto es, de

El derecho del artículo 35 b) LRJAP a identificar a autoridades y personal

La letra b) del artículo 35 reconoce el derecho a “identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.” Una efectiva proyección electrónica de este derecho hubiera requerido una regulación específica¹⁰⁷

Este derecho guarda conexión con el derecho reconocido en el artículo 6. 3º b) LAE en razón de la trasposición de la Directiva de servicios, puesto que respecto al establecimiento de actividades de servicios se reconoce específicamente el derecho a conocer las autoridades competentes. De otra parte, el artículo 10. 3º LAE garantiza expresamente “la identificación del titular de la sede” y el artículo 25 LAE señala que “las disposiciones de creación de registros electrónicos especificarán el órgano o unidad responsable de su gestión”. El artículo 38. 1º LAE dispone que “La resolución de un procedimiento utilizando medios electrónicos garantizará la identidad del órgano competente mediante el empleo de alguno de los instrumentos previstos en los artículos 18 y 19 de esta Ley”. Y finalmente, para el caso de resoluciones automatizadas, el artículo 39 LAE señala que “se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación”.

Más allá de estas disposiciones particulares, que dan una respuesta atomizada a este derecho del artículo 35 b) LRJAP, éste puede satisfacerse a partir de la solicitud electrónica de esta información por parte del interesado respecto del procedimiento que se trate, que implicará la obligación de respuesta electrónica al respecto. Ello sería un mínimo para ver garantizado el derecho. No obstante, habrá que estar a la espera de una futura regulación de la información activa obligatoria para cada Administración, en este punto, por cuanto a la difusión activa de los responsables administrativos de las distintas unidades, órganos, organismos, dependencias, etc. Jurídicamente esta cuestión presenta un formidable interés jurídico por cuanto a la cohesión de la información pública con la vida privada y la protección de datos personales. A mi juicio, cabe la —ya habitual— publicación institucional de directorios de personal, sin perjuicio de que no se trate de fuentes accesibles al público, ni repertorios que permitan un tratamiento de datos por el usuario, que deberá atenerse a las finalidades de servicio por las que se publican¹⁰⁸.

establecer acceso directo electrónico a diversa documentación relevante (documentos legislativos, elaboración de políticas o estrategias, etc.) (Art. 12) .

¹⁰⁷ Así por ejemplo, en el artículo 42. 1º c) de la Ley navarra (Ley foral 11/2007) obliga al acceso a la “c) La estructura orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos públicos, y la identificación de sus responsables hasta el nivel de Negociado con una dirección de correo electrónico.”

¹⁰⁸ Al respecto, por todos, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J. (2005): “La publicidad de la información administrativa en internet: implicaciones para el derecho a la protección de datos personales”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 26, pp. 77-125, en especial “El acceso telemático a los directorios de personal al servicio de las

El derecho del artículo 35 g) LRJAP a obtener información y orientación sobre requisitos a proyectos, actuaciones o solicitudes, sólo está parcialmente reconocido de forma expresa en el artículo 6. 3º LAE

En un sentido muy semejante a lo anteriormente expresado, el derecho del artículo 35 g) LRJAP “a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar” coincide parcialmente con el derecho del artículo 6. 3º a) y c) LAE, por cuanto estos se ciñen a los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios. De otra parte, cabe recordar la obligación concreta de publicar en el diario oficial y en la sede electrónica correspondientes los medios electrónicos que los ciudadanos pueden utilizar en cada supuesto en el ejercicio de su derecho a comunicarse con ellas (art. 27. 4º LAE), concretada para los registros electrónicos (art. 25. 1º y 2º LAE) y respecto de los que progresivamente se van implantando (Disposición final tercera).

En todo caso, hay que estar a la espera de una regulación concreta sobre las obligaciones determinadas de información de servicio en la red. El cumplimiento mínimo de este derecho se satisfará cuando el ciudadano, en ejercicio del artículo 6. 1º LAE ejerza su derecho a la relación electrónica “para obtener informaciones”, “realizar consultas” o “formular solicitudes”, por ejemplo.

El derecho a relacionarse para “obtener informaciones” y “realizar consultas” por medios electrónicos

En razón del artículo 6. 1º LAE se reconoce el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas también para obtener informaciones, realizar consultas, realizar alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos. Desde la perspectiva del acceso a la información pública, cabe centrar la atención en el derecho a obtener informaciones y realizar consultas por medios electrónicos, en la inteligencia que tales consultas implican solicitudes de información de un tipo u otro.

Administraciones públicas”, pp. 120-121. Los autores consideran desde la perspectiva del derecho de protección de datos que sólo puede accederse por el interesado al dato del personal que tramita el procedimiento, siendo inadecuada la publicación de datos personales en internet. Al tiempo de cerrar este estudio se tiene conocimiento del profuso estudio de GUICHOT, E., “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, en *Revista de Administración Pública*, nº 173, mayo-agosto (2007);, pp. 407-445.

El derecho a obtener informaciones y la exigencia de identificación

Por cuanto al derecho a relacionarse electrónicamente para obtener informaciones y realizar consultas, cabe remitir a lo dicho, en especial, a la necesidad de regulación global de la materia. En todo caso, y pese a la insuficiencia de la situación jurídica actual, la referencia concreta a la finalidad de la obtención de informaciones adquiere un contenido normativo propio. La obtención de información queda en muchas ocasiones desvinculada tanto de la actuación formal de la Administración en torno a un procedimiento o expediente, cuanto del derecho de acceso a registros y archivos, del derecho al conocimiento del estado del expediente o se diferencia de los derechos concretos del artículo 6. 3º LAE por trasposición de la Directiva de servicios. La expresión del derecho a obtener información por medios electrónicos refuerza la exigibilidad por esta vía de derechos ya comentados como los del artículo 35 LRJAP en su letra b) -a identificar a autoridades y personal- y letra 35 g) -información y orientación sobre requisitos a proyectos, actuaciones o solicitudes-. Asimismo, gracias al reconocimiento expreso, cuando exista un derecho a obtener información en sentido más amplio no reflejado en aquellas proyecciones concretas anteriores, también se podrá ejercer a través de los medios electrónicos. Las diversas obligaciones –y derechos del ciudadano- para las administraciones en este terreno derivan de la variada normativa sobre información y servicio al ciudadano a nivel estatal¹⁰⁹, autonómica¹¹⁰ y local¹¹¹. De igual modo, podría concurrir la solicitud de información a través del ejercicio del derecho de petición¹¹².

¹⁰⁹ Especialmente el Real Decreto 208/1996, de 9 febrero, es la norma estatal que regula de forma genérica los servicios de información administrativa y atención al ciudadano del ámbito estatal. De esta norma, cabe recordar que en virtud del artículo 2 es obligatorio facilitar la información general sin acreditación de legitimación alguna por el ciudadano.

¹¹⁰ De entre la variada normativa autonómica al respecto, me permito destacar el Decreto 324/2001, de 4 de diciembre de la Generalitat de Cataluña, así como la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega.

También, cabe apuntar el Decreto 21/1999, de 5 febrero, regulaba la utilización de la red Internet por la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, el Decreto 147/2000, de 13 junio, Consejería Educación, Ciencia y Tecnología, por el que se regula la Web Institucional de la Junta de Extremadura. De la Comunidad de Madrid, el Decreto 73/2000, de 27 de abril, regula la información, la agilización de procedimientos administrativos y la aplicación de las nuevas tecnologías, el Decreto 21/2002, de 24 enero, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid, integrando y desarrollando la normativa previa Decreto 53/2005, de 23 de junio, se crea la Comisión de Redacción, Coordinación y Seguimiento del Portal de Internet de la Comunidad de Madrid “madrid.org”. También, el Decreto 325/2002, de 22 octubre se regula el Portal de Servicios del Gobierno de Aragón en la red Internet, el Decreto 183/2003, de 24 junio, del Gobierno andaluz que regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet) y, en todo caso, sobre acceso a la información cabe señalar la vigencia de forma supletoria del Decreto 204/1995, de 29 de agosto,

Sobre la base de una obligación jurídica de suministro de información, ésta habrá de poder solicitarse y obtenerse por vía electrónica. Ello impone la necesaria actualización

por el que se establecen medidas organizativas para los servicios administrativos de atención directa a los ciudadanos. Asimismo, el Decreto 40/2005, de 19 mayo regula la utilización de técnicas de Administración electrónica por la Administración de la Comunidad de Castilla y León o el Decreto Foral 79/2005, de 30 mayo del Gobierno de Navarra, que regula el Portal del Gobierno de Navarra en Internet y crea su Comisión Interdepartamental.

¹¹¹ Del ámbito municipal cabe tener en cuenta el impulso en razón de la Recomendación Rec (2001) 19 Del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local, aprobada por el Comité de Ministros el 6 de diciembre de 2001, con ocasión de la 776ª reunión de los Delegados de los Ministros, que se plasmó en diversos aspectos de la Ley 57/2003 que reformó la LBRL. En lo que ahora interesa, por ejemplo el artículo 18 el derecho de “Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución” y hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Capítulo IV sobre “Información y participación ciudadanas” (arts. 69 y ss.), con la referencia a los medios electrónicos en el artículo 70 bis en su apartado 3. En razón de la normativa, deben tenerse en cuenta los sistemas –impuestos en muchos casos para los grandes municipios de buzones de sugerencias; de reclamaciones y quejas; la atención personalizada en las Oficinas de atención ciudadana; las líneas directas tanto telefónicas como telemáticas a la Alcaldía; los sistemas de Ventanillas únicas telemáticas; los sistemas de información 010; la información especializada en Oficinas de atención al consumidor, información juvenil, etc. así como la creación de las Comisiones Especiales de Sugerencias y Reclamaciones.

Se ha de seguir en general el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, regula con mayor detalle la información y participación locales (artículos 227 y ss.) y luego toda la pléyade de Reglamentos y normas de participación ciudadana. En este punto cabe remitir al Reglamento-tipo de participación ciudadana aprobado por la Comisión Ejecutiva de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) el 26 de abril de 2005 y, especialmente a la Ordenanza de Administración electrónica de Barcelona de 24 de marzo de 2006. Toda esta documentación está disponible en www.derechotics.com sección documentostics e-gobierno y e-transparencia. Sobre el tema, por todos, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La información y la participación ciudadana en la Administración local*, cit.

¹¹² En relación con el contenido de la obligación de responder a las peticiones de información dirigidas a los órganos administrativos, véase ÁLVAREZ CARREÑO, S., *El derecho de petición*, Comares, Granada, 1999, págs. 152- 153. Recuerda González Navarro que el contenido de la petición informativa se agota proporcionando la información misma, por lo que dicha solicitud no puede considerarse estrictamente una manifestación del derecho constitucional garantizado en el artículo 29 de la Norma Fundamental. GONZÁLEZ NAVARRO, F. y ALENZA GARCÍA, J.F.: *Derecho de petición. Comentarios a la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 393. De hecho para la solicitud de información no tiene sentido requerir la identificación del ciudadano, ni se genera un expediente, y para el derecho de petición sí. No obstante, no hay que excluir la posibilidad de que el ciudadano solicite una información a través de esta vía.

de buena parte de la normativa. En principio, el requerimiento de información de tipo general no podrá exigir formas de identificación digital. Ello es así porque la normativa no virtual no lo exige y porque ha de tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad en la exigencia de estos medios (art. 27. 3º y 5º LAE) al igual que la finalidad del artículo 3. 6º LAE de “proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales.”

El derecho a realizar consultas y el derecho al efectivo contacto electrónico

La posibilidad de tener un contacto electrónico efectivo constituye a mi juicio uno de los retos más importantes y más incumplidos de la administración electrónica hasta la fecha. En este punto, un autor referente mundial como Clift¹¹³, quien señala la necesidad de reconocimiento de unos derechos mínimos como el derecho ciudadano a ser notificado por correo electrónico sobre información pública basada en el perfil de sus intereses y territorial y el derecho de acceso sencillo a directorios siempre actualizados y locales de “mi democracia”, con datos de contactos de todo cargo público elegido. “Ningún dato de contacto, ningún poder”.

En el terreno comparado respecto al derecho al contacto electrónico, cabe destacar el caso de Finlandia por cuanto las concretas obligaciones que consagra para el contacto electrónico y las garantías para el ciudadano su ya referida Ley 13/2003, de Servicios electrónicos y comunicación en el sector público¹¹⁴. En Italia la cuestión queda vinculada al correo electrónico certificado¹¹⁵ y en Francia no se consagra plenamente como

¹¹³ Ver CLIFT, S. (2003): “Democratic Evolution or Virtual Civil War”, Remarks as prepared for the Promise of E-Democracy WSIS Event, Geneva, Switzerland, December, disponible en <http://egov.unitar.org/spip/article189.html> (6/5/2004).

¹¹⁴ Toda autoridad en la medida de sus capacidades técnicas, financieras y de recursos, “deberá” con los límites de tales capacidades, ofrecer al público la opción de mandar un mensaje para una dirección electrónica designada u otro mecanismo para presentar un asunto o para ser considerado (art. 5). Asimismo, la autoridad debe ofrecer al público la opción de enviar notificaciones y órdenes, cuentas y otros documentos similares por medios electrónicos. También se obliga a las autoridades que aseguren que el equipamiento informático funciona bien y en la medida posible, a toda hora (art. 6). De igual modo, se obliga a hacer conocidas apropiadamente las direcciones electrónicas (art. 7. 1º). Como criterio general se afirma que el riesgo de envío del mail se asume por quien lo envía (art. 8) y se señala, en todo caso, la obligación de la Administración de remitir sin retraso una notificación de la recepción del mensaje. De hecho, puede ser remitido dicho acuse de recibo de forma automática (art. 12). Aún es más, para el caso de un correo electrónico remitido a una autoridad errónea, debe redirigirse a la correcta sin retraso e informado el remitente de dicho reenvío (art. 15).

¹¹⁵ En el Decreto legislativo de 7 marzo 2005, n. 82 que aprueba el Codice dell'amministrazione digitale, en su artículo 6 sobre el uso del correo electrónico certificado, dispone su uso para la Administración central –y salvo excepción, las administraciones locales y regionales- para el

obligación la respuesta electrónica¹¹⁶. La Ley navarra (Ley foral 11/2007) viene a reconocer –de manera laxa- este derecho¹¹⁷.

Coincido plenamente con VALERO cuando afirma que “el derecho a obtener informaciones y realizar consultas podría haberse traducido en una obligación legal para todas las Administraciones públicas de disponer de una dirección electrónica a la que los ciudadanos pudieran dirigirse a tales efectos, estableciendo la exigencia de que tales peticiones debieran ser respondidas en un plazo determinado siempre que las mismas no se formularan en condiciones abusivas”¹¹⁸. Sin embargo, no ha sido así el compromiso del legislador y, con este mismo autor, cabe hacer construcciones jurídicas –algo forzadas- para derivar esta obligación jurídica. Así, cabe partir de la cada vez más habitual la publicación de directorios administrativos que incorporan correos electrónicos concretos o formularios para realizar consultas. Pues bien, VALERO considera que la mera publicación de dichos mecanismos genera la obligación de la Administración de responder adecuadamente a la petición informativa formulada por esta vía, al tiempo de tener la responsabilidad de mantener actualizadas las direcciones y velar por el correcto funcionamiento del sistema¹¹⁹.

Acceso a la información pública reconocido a través de algunos de los derechos reconocidos en el apartado 2º del artículo 6 LAE

En el apartado segundo del artículo 6º básicamente se configura el ya referido Estatuto jurídico del ciudadano administrado electrónicamente.

El derecho a conocer electrónicamente el estado de los procedimientos, electrónicos o no

La letra d) del artículo 6. 2º LAE reconoce el derecho

intercambio de documentos e informaciones con los sujetos interesados que previamente hayan declarado su voluntad y comunicado la dirección electrónica certificada

¹¹⁶ Así, el artículo 2 de la Ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, dispone que “Una autoridad administrativa *puede* responder por vía electrónica a toda solicitud de información que le sea dirigida por esta vía por un usuario o o por otra autoridad administrativa.” No obstante, si lo hace, se generará un acuse de recibo (art. 3 y 5)

¹¹⁷ Así, en el artículo 4 letra e): “A pedir y obtener informaciones y formular consultas por sistemas que no entrañen especial dificultad, preferentemente mediante correos electrónicos o similares.”

¹¹⁸ VALERO TORRIJOS, Julián, *El régimen jurídico de la e-Administración*, 2ª edición, Comares, Granada. Se trata de la versión facilitada gentilmente por el autor en pruebas, por lo que la cita es aproximada a la obra finalmente publicada, pág. 11.

¹¹⁹ Ibidem, pág. 39, ya en su edición de 2004.

“A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquéllos.”

Tal derecho ya fue pregreñado en las fases previas al texto articulado¹²⁰ y no varió su redacción desde el Anteproyecto. Las dos enmiendas a este derecho subrayaban el necesario el consentimiento de toda persona afectada por dicho acceso a la tramitación del procedimiento¹²¹. En la Ordenanza de administración electrónica de Barcelona se reconoce bajo el principio de trazabilidad de los procedimientos y documentos administrativos en el artículo 8. b) de la¹²² y ha tenido su reproducción en los artículos 4 f) y 31 de la Ley navarra (Ley foral 11/2007).

El derecho reconocido supone la proyección electrónica del derecho del artículo 35 a) LRJAP. Ante su regulación específica en el artículo 6. 2º LAE, no cabe acudir a la referencia del artículo 6. 1º LAE. Hay que subrayar que se garantiza el conocimiento por medios electrónicos del estado del procedimiento, sea éste un procedimiento electrónico o no. Y en tanto en cuanto este derecho queda condicionado a su regulación en la LAE, hay que indicar que viene regulado específicamente en el artículo 37. 1º LAE para procedimientos íntegramente electrónicos y en el artículo 37. 2º LAE para el conocimiento del procedimiento íntegramente en papel o parcialmente electrónico. De ahí que cabe remitir directamente al comentario de este precepto.

¹²⁰ En los documentos preparatorios de la LAE, en concreto en DGMA-MAP, *Principios de una ley de Administración electrónica*, cit. p.7 se afirmaba que la paulatina implantación de la ley y en aras de la transparencia hay que “tomar conciencia de que cada trámite que haya que realizar todavía en soportes convencionales, debe quedar recogido en un índice electrónico en que se pueda conocer en tiempo real por los ciudadanos el estado y trámite en que se encuentra el expediente.” En el DGMA-MAP, *Esquema...*cit., se afirmaba la “Obligación para la Administración de habilitar una dirección electrónica de acceso restringido donde consultar el estado de la tramitación del procedimiento” que comprendiera, al menos, “la fase o trámite concreto en el que se encuentra el procedimiento y el órgano o unidad administrativa responsable”.

¹²¹ La enmienda nº 64 en el Congreso del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) propuso añadir “Prevía información a todas las personas afectadas por el expediente administrativo en cuestión”, por considerar necesaria la autorización en razón del derecho a la protección de datos personales. Dicha enmienda se reiteró en el Senado como enmienda nº 15.

¹²² b. Principio de trazabilidad de los procedimientos y documentos administrativos La Administración Municipal llevará a cabo las acciones necesarias para establecer sistemas y procedimientos adecuados y comprensibles de trazabilidad, que permitan a los ciudadanos conocer en todo momento, y a través de medios electrónicos, las informaciones relativas al estado de la tramitación y el historial de los procedimientos y documentos administrativos, sin perjuicio de la aplicación de los medios técnicos necesarios para garantizar la intimidad y la protección de los datos personales de las personas afectadas

En todo caso, no comparto la severa crítica que formula VALERO al hecho de que el conocimiento del expediente sea diferente según se trate de un procedimiento íntegramente electrónico o no¹²³. De hecho, creo que el legislador ha sido bastante generoso al reconocer el derecho a conocer el estado del procedimiento para casos de tramitación no íntegramente electrónica. En estos casos en los que el conocimiento será más limitado, siempre le quedará la posibilidad de conocer el estado del procedimiento por medios no electrónicos.

El derecho obtener copias electrónicas de los procedimientos, dígame, a acceder al expediente

La letra d) del artículo 6. 2º LAE reconoce el derecho

“A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.”

El texto aparece ya igual en el Esquema¹²⁴ previo al Anteproyecto mismo, sin sufrir modificación alguna desde entonces ni enmienda al mismo. En el caso de la Ley navarra (Ley foral 11/2007) se reconoce el derecho “a obtener certificados administrativos por medios electrónicos” (art. 4 d).

Aparentemente este derecho puede considerarse una proyección del derecho a obtener copia sellada y devolución de originales del artículo 35 c) LRJAP. Sin embargo, a este respecto hay que tener en cuenta lo ya afirmado al comentar el artículo 6. 1º LAE por cuanto al ejercicio de los derechos del artículo 35 LRJAP, en concreto el derecho de la letra c). Ahí se dijo que este derecho de la LRJAP, por su finalidad, quedaba especialmente vinculado a lo previsto sobre generación de acuses de recibo (arts. 25. 3º y 4º y 35. 2º LAE). En todo caso, también es cierto que el derecho a la copia sellada del artículo 35 c) LRJAP puede reconducirse indirectamente al derecho del artículo 6. 2º e) LAE. Al fin y al cabo, ejerciendo este último derecho se podrá lograr la finalidad pretendida de obtener copias de todo documento del procedimiento, incluido, obvio es, los que el mismo ciudadano haya presentado.

Dicho lo anterior, interesa ahora destacar que este derecho a obtener copias implica el acceso al expediente por parte del interesado en el procedimiento. Para ello procede recordar sumariamente concepto de la LAE de documento electrónico y la regulación de los artículos 29 y ss. sobre la copia así como otros preceptos de la LAE. Las nociones de documento y copia más que dejar de tener sentido¹²⁵ pasan a cobrar una dimensión

¹²³ Así, afirma la existencia de una “doble restricción inadmisibles en razón del soporte utilizado”, VALERO TORRIJOS, Julián, *El régimen jurídico de la e-Administración...* pág. 11.

¹²⁴ DGMA-MAP, *Esquema...*cit.

¹²⁵ VALERO TORRIJOS, Julián, *El régimen jurídico de la e-Administración...* ya en la edición de 2004 afirmaba que “resulta impropio hablar de copias y originales en relación con los documentos

totalmente nueva a la que habrá de ir adaptándose el ordenamiento jurídico en sus referencias a las copias y duplicados.

En razón de la letra j) del anexo “documento electrónico” es la “Información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.” Pues bien, a partir del concepto de documento electrónico y en especial de lo dispuesto respecto de las copias en el artículo 30. 1º LAE, se deriva que el documento electrónico es sólo un paquete de información en forma electrónica, en los más de los casos, no inteligible al humano si no se cambia a un formato accesible para éste. Así, el paquete de información en la base de datos correspondiente sea cual sea su soporte, cuando se precisa para acceder a su contenido, pasa al formato inteligible y útil para el humano (por ejemplo, .pdf., doc., .jpg, .xml, etc.). En este punto fíjese la atención en el artículo 30. 1º LAE cuando dispone que dará igual que se mantenga o no el formato original (“manteniéndose o no el formato original”) del documento electrónico para generar copias auténticas con la eficacia prevista en el artículo 46 LRJAP.

De este modo, lo que utiliza y accede el ciudadano será a lo que se considera una “copia” del documento electrónico, puesto que el documento electrónico permanece como paquete de información electrónica manejable en los sistemas informáticos y electrónicos.

Estas copias podrán seguir estando en formato electrónico (.pdf., doc., .jpg, .xml, etc.), pero accesible al ciudadano, por ejemplo, en el disco duro del ordenador o en un espacio de memoria de la red. También, como se señala en el artículo 30. 5º LAE podrán pasar al soporte de papel si cuentan con un código o sistema de verificación, lo cual es una opción bastante generalizada en los últimos años, puesto que permite con los diversos códigos o sistemas acudir al documento electrónico original, esto es, al paquete de información electrónica.

Sobre la base de lo expuesto, se entiende ahora que esencialmente lo que reconoce el artículo 6. 2º d) LAE es el derecho del interesado a acceder a la documentación que forma parte del procedimiento, esto es, acceder al expediente electrónico (art. 32. 1º LAE). Así, por ejemplo, en el artículo 32. 3º LAE se dispone que “La remisión de expedientes podrá ser sustituida a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente electrónico, teniendo el interesado derecho a obtener copia del mismo.”

El ejercicio de este derecho de acceso al expediente por el interesado podrá converger en no pocas ocasiones con el ejercicio del derecho reconocido en la letra d) a conocer el estado de la tramitación. No en vano, este último derecho desarrollado en el artículo 37 LAE dispone que se pondrá a disposición del interesado “al menos la información sobre el estado de tramitación del procedimiento”. Aunque no sea obligado, no será extraño que

informáticos por cuanto tanto el generado inicialmente como el duplicado creado con posterioridad son idénticos”.

esta puesta a disposición incluya la posibilidad de ejercer directamente el derecho de acceso a los documentos del expediente, precisamente, obteniéndose copias del mismo.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 6. 2º d) LAE no hace referencia alguna al hecho de que el procedimiento esté en curso o terminado. De ahí que el ejercicio de este derecho de la LAE podrá concurrir también en muchos casos con el derecho del acceso a los archivos y registros administrativos que se reconoce al interesado en los artículos 35 h) y 37 LRJAP. De hecho, el paralelismo se evidencia artículo 6. 2º d) LAE con el artículo 37. 8º LRJAP cuando dispone que el “derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas. Según se observó en razón de la remisión a los derechos del artículo 35 LRJAP en el artículo 6. 1º LAE, la importancia del ejercicio de este derecho de acceso y las posibles dificultades de su ejercicio pleno a través de medios electrónicos exigen una regulación particular que no se da en la LAE, bastante insuficiente al respecto del derecho de acceso. Como es obvio, la regulación contenida en la LAE no modifica el régimen jurídico de este derecho de acceso, al cual cabe remitir¹²⁶.

Dos premisas para el acceso a la información: la conservación de los documentos y la seguridad de la información

La conservación en formato electrónico por las Administraciones públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.

La letra f) del artículo 6. 2º LAE reconoce el derecho

“f) A la conservación en formato electrónico por las Administraciones públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.”

La formulación de este derecho en el Anteproyecto no hablaba de conservación “en formato electrónico”, lo que se añadió en la Ponencia del Senado. Se trata de un matiz de agradecer que evita interpretaciones nada deseables sobre la obligación de pasar los documentos electrónicos a otros formatos no electrónicos. Por cuanto a las enmiendas, el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés en el Senado propuso su desaparición en el Senado (enmienda nº 25) “ya que las Administraciones públicas están obligadas a la conservación y archivo de los documentos que forman parte de los expedientes administrativos”. En la Ley navarra (Ley foral 11/2007) se reconoce conjuntamente con la gestión de archivos y bajo otra fórmula en su artículo 4. j)¹²⁷.

¹²⁶ Véanse los trabajos citados de Fernández Ramos, Mestre Delgado o Pomed Sánchez.

¹²⁷ j) A que la Administración les garantice un servicio de gestión de archivo para documentos electrónicos y la conservación de los actos administrativos electrónicos que formen parte de un expediente.

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de junio de 2002 intitulada “Conservar la memoria del mañana — Conservar los contenidos digitales para las generaciones futuras”¹²⁸ subraya la necesidad de la conservación de contenidos digitales en razón de su valor histórico, cultural e intelectual. Bernadí afirma que mientras que los documentos en papel cuentan con regulaciones detalladas, en el caso del soporte electrónico nada impide, en línea de principio, que documentos electrónicos de gran trascendencia, desaparezcan de un día a otro, “por arte de magia”, y sin dejar rastro alguno¹²⁹.

Además de esta indudable y esencial valía de los contenidos digitales en poder de las administraciones, cabe centrar la atención en la perspectiva administrativa más cercana. Como recuerda VALERO¹³⁰, la conservación de los documentos constituye un presupuesto para el adecuado ejercicio de las funciones administrativas y, llegado el caso, para la defensa de los derechos de los interesados. En el caso de los documentos electrónicos se dan mayores posibilidades de destrucción o pérdida de la integridad de la información ante los diversos riesgos y amenazas (virus, ataques informáticos, problemas de los equipos, borrados involuntarios, etc.). Ello explica que ante tales amenazas y peligros se subraye la necesidad de la conservación. Así, parece partirse de la premisa de que la documentación en papel tienen, de suyo, garantizada su existencia razonable, lo cual no puede predicarse del documento electrónico.

La importancia de la cuestión va más allá de los documentos originariamente electrónicos, sino que no hay que olvidar que la ley posibilita que los documentos en soporte papel puedan pasar al soporte electrónico y como expresamente permite el artículo 30. 4º LAE, “podrá procederse a la destrucción de los originales en los términos y con las condiciones que por cada Administración Pública se establezcan”. En razón de los grandes costos del mantenimiento de los archivos públicos, además de las posibilidades de gestión documental que puede permitir la migración al formato electrónico, esta posibilidad no será nada desdeñable. De ahí la necesidad de subrayar, más si cabe, la conservación electrónica de los documentos.

El documento electrónico en la LAE es un paquete de información archivada en un soporte electrónico. Sobre esta base, la necesaria conservación lo será no sólo del documento electrónico, sino en general de la información electrónica y de las bases de datos, ficheros sistemas y aplicaciones. De ahí que haya que conectar este derecho con el reconocido en el artículo 6. 2º i) “A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas.” Sin perjuicio del comentario posterior, en esta letra no se hace sola referencia a

¹²⁸ Diario Oficial nº C 162 de 06/07/2002 p. 0004 - 0005

¹²⁹ BERNADÍ GIL, X.: “Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica”, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, nº 1, (2005), pág. 237.

¹³⁰ VALERO TORRIJOS, Julián, *El régimen jurídico de la e-Administración...* pág. 27.

datos personales, sino en general a datos, por lo que concurre afortunadamente este derecho con el que ahora se analiza de la letra f).

Volviendo al concepto de documento electrónico, se trata de la información en soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Sobre esta acepción, hay que concluir también que no es un derecho a la conservación de la información, sino también a que ésta siga siendo susceptible de identificación y de tratamiento diferenciado. De hecho, la espada de Damocles que se ciñe sobre la información electrónica no lo es tanto sobre la conservación de la misma en sí, sino sobre la imposibilidad del acceso y manejo a la misma en información electrónica en condiciones adecuadas y funcionales. En razón de la vertiginosa evolución y dinámica de las tecnologías, sistemas y aplicaciones y la rápida obsolescencia o salida del mercado de las mismas, es muy posible que el documento (como paquete de información) se mantenga, pero que no sirva para nada, al no ser accesible, recuperable, gestionable o manejable para los usos administrativos y los diversos accesos a la información precisos. Una mala decisión estratégica en la documentación electrónica puede hacer que el acceso a la misma años después o sea imposible por el desfase de las aplicaciones utilizadas o sea tan costoso que no tenga sentido.

Sobre las bases anteriores, no puede dudarse de la conveniencia de proclamar la necesaria obligación para las administraciones de conservar la información electrónica, mantener de las bases donde se integra y de los sistemas y aplicaciones de gestión de la misma y que estos sean compatibles de forma duradera y que se asegure la recuperación y manejo de la información también de forma razonable y eficiente. Lo que ya es más dudable es la oportunidad de reconocer este mandato como derecho subjetivo, como ha hecho el legislador. El derecho se predica respecto de documentos que formen parte de un expediente. Ello invita a considerar que el titular de este derecho será todo ciudadano, pero sólo respecto los documentos de los expedientes en los que sean interesados. Así las cosas, se da la contradicción de que un derecho que en buena medida pretende asegurar el mantenimiento en el tiempo de la documentación electrónica, en razón de un evidente interés general, acaba vinculándose al interés particular de los interesados en un procedimiento.

Recuerda con acierto VALERO que no se trata de derecho absoluto a la conservación de toda la información, sino que se habrá de aplicar las reglas generales sobre destrucción de la documentación administrativa¹³¹. De otra parte, recuerda que la posible medida de cancelación de datos personales que, en su caso, pueda proceder no implica la destrucción de dichos datos, sino el bloqueo de los mismos y que la información no pueda ser utilizada para finalidad alguna.

¹³¹ Idem.

El derecho a la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos

En la letra i) del artículo 6. 2º LAE se reconoce el derecho:

“A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas.”

El texto no varió desde la versión del Anteproyecto, sin que el precepto fuera objeto de enmienda alguna.

Al igual que sucede con el derecho de la letra c) (igualdad en el acceso), y especialmente con el derecho reconocido en la letra f) (conservación de documentos electrónicos), nos encontramos ante la necesidad de garantizar algo que se considera más amenazado en el contexto electrónico. En este caso se trata de la seguridad de los datos, personales o no, que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas. La desconfianza del ciudadano ante la fragilidad –real o no– de lo electrónico es una preocupación sentida en la ley¹³² que se plasma en sus fines, principios y en numerosas ocasiones a lo largo del articulado¹³³.

Por lo que ahora interesa, esta finalidad de preservación de la seguridad también se ha configurado como un derecho subjetivo en la letra i). Y cabe vincular este derecho al ya

¹³² Así, como se señala en la Exposición de Motivos (IV), el particular reto de la implantación de las TIC “en la sociedad en general y en la Administración en particular es la generación de confianza suficiente que elimine o minimice los riesgos asociados a su utilización. La desconfianza nace de la percepción, muchas veces injustificada, de una mayor fragilidad de la información en soporte electrónico, de posibles riesgos de pérdida de privacidad y de la escasa transparencia de estas tecnologías.”

¹³³ Ante la preocupación de la ley, la seguridad es un principio que se proyecta transversalmente a lo largo de la LAE. Así, se configura como uno de los fines de la ley (art. 3. 3º LAE): “Crear las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos, estableciendo las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos.” También, uno de los principios enunciados es el de la “seguridad” (art. 4 f LAE). En todo caso, en razón del principio de proporcionalidad (art. 4 g LAE) las medidas de seguridad a adoptar tampoco han de ser una barrera necesaria, sino que serán sólo las adecuadas en cada caso (arts. 4 g) y 27. 5º LAE). La necesidad de seguridad también se predica respecto de la información de las sedes electrónicas y de sus sistemas de comunicaciones seguras (art. 10. 3º y 4º LAE). De igual modo, se afirman requisitos de seguridad de los registros electrónicos (art. 25. 4º LAE) y la seguridad se expresa igualmente respecto de los medios o soportes en que se almacenen documentos (art. 31. 3º LAE). Finalmente, se menciona con relación a los conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad del Esquema Nacional de Interoperabilidad (art. 42. 1º LAE) y, en particular el Esquema Nacional de Seguridad tiene por objeto establecer la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos (art. 42. 2º LAE).

analizado de la conservación de los documentos electrónicos (letra f). No en vano, se trata de la preservación tanto de la información electrónica como de los soportes en las que se almacena y gestiona. Como se ha adelantado, el precepto no sólo habla de datos personales, sino todo tipo de datos. Esta perspectiva global de la seguridad de la información más allá de la sola protección de datos personales, se percibe con claridad en los sistemas de gestión de calidad y seguridad de la información tipo ISO, por ejemplo¹³⁴.

Hay que remitir, pues, a lo ya dicho sobre conservación de documentos por cuanto sea reiterable ahora, especialmente en cuanto no se afronte una cuestión vinculable al ámbito de datos personales. Y es que no escapa que la referencia a la “confidencialidad” de los datos vincula la cuestión al ámbito genérico de la privacidad y en particular al del derecho a la protección de datos personales. En este punto, como ya se ha hecho referencia, una de las lagunas de la LAE es que no afronta las importantes cuestiones que se suscitan para el ámbito administrativo respecto de la vida privada en general, ya sea la intimidad, el secreto de las comunicaciones o, sobre todo, protección de datos personales. A falta de una regulación que afronte los problemas y dudas, hay que contentarse con la proclamación del principio del respeto a la legislación de datos (art. 4. a) LAE), alguna referencia particular (art. 9 LAE) y un derecho como el presente. El alcance jurídico que pueda tener el reconocimiento de este derecho bajo la perspectiva de la protección de datos parece bastante relativo, más bien simbólico. El contenido –si lo tiene– de este derecho habrá que vincularlo a las normas sobre tratamiento de datos y, en materia de seguridad de los datos, especialmente al nuevo Reglamento de medidas de seguridad. Si se vulneran dichas normas, se podrá aducir la vulneración, al tiempo, de este derecho.

El acceso a la información sobre establecimiento de actividades de servicios del artículo 6. 3º LAE

En el apartado 3º del artículo 6 LAE se dispone:

“En particular, en los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios, los ciudadanos tienen derecho a obtener la siguiente información a través de medios electrónicos:

a) Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.

b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como de las asociaciones y organizaciones profesionales relacionadas con las mismas.

¹³⁴ Así, por ejemplo, cabe recordar las normas ISO 17000 y 27000 sobre Seguridad de la información, sobre los requisitos necesarios para establecer, implantar, mantener y mejorar un Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información según el famoso “Ciclo de Deming”.

c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios y las vías de recurso en caso de litigio entre cualesquiera autoridades competentes, prestadores y destinatarios.”

Este apartado se incorporó en el trámite de la ley en el Senado a resultas de la enmienda nº 122 del Grupo Parlamentario Socialista, sin que variara el texto hasta su aprobación. Como se justificó en la enmienda, esta incorporación supuso la “utilización del Proyecto de ley para trasponer el artículo 7 de la Directiva de servicios”. Todo ello, según la Exposición de motivos (IV), dada la “analogía” de la LAE con la finalidad de la Directiva de servicios¹³⁵, que es facilitar por medios electrónicos acceso a los trámites relacionados con las actividades de servicios y a la información de interés. Según la Exposición de Motivos, con el reconocimiento del derecho de este apartado 3º se consideran transpuestos los artículos 6¹³⁶, 7¹³⁷ y 8¹³⁸ de la Directiva. Lo cierto es que a la

¹³⁵ Cabe recordar, se trata de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Diario Oficial L 376 de 27.12.2006).

¹³⁶ Artículo 6, Ventanilla única: “1. Los Estados miembros garantizarán que los prestadores puedan llevar a cabo los siguientes procedimientos y trámites a través de ventanillas únicas:

a) todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios, en especial las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales;

b) las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios.

2. La creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional.”

¹³⁷ Artículo 7: Derecho de información: “1. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores y los destinatarios puedan acceder fácilmente a la siguiente información por medio de ventanillas únicas:

a) los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en su territorio, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y ejercerlas;

b) los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse directamente en contacto con ellas, incluidas las autoridades competentes en materias relacionadas con el ejercicio de actividades de servicios;

c) los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios;

d) las vías de recurso generalmente disponibles en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores;

e) los datos de las asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener ayuda práctica.

2. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores y los destinatarios puedan obtener, cuando así lo soliciten, ayuda de las autoridades competentes, que consistirá en dar

vista de estos preceptos, se puede dudar seriamente que se haya traspuesto la garantía de acceder a la información y tramitar determinados procedimientos a través de ventanillas únicas.

Pues bien, lo cierto es que se ha “utilizado” el artículo 6. 3º LAE para cumplir –si es que efectivamente se cumple– con una Directiva de modo forzado, más teniendo en cuenta que el plazo de trasposición era el 28 de diciembre de 2009 (art. 44 Directiva de servicios). Como en otros apartados ya se ha señalado, la LAE ha eludido dar una respuesta global a la necesaria regulación sobre información administrativa activa. De ahí que se haya contentado con este reconocimiento específico en materia de “procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios”.

información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente los requisitos contemplados en el apartado 1, letra a). Cuando proceda, dicho asesoramiento incluirá una guía simple y detallada. La información se facilitará de manera clara e inteligible.

3. Los Estados miembros se asegurarán de que la información y la ayuda contempladas en los apartados 1 y 2 se faciliten de forma clara e inequívoca, se pueda acceder a ellas fácilmente a distancia y por vía electrónica y estén actualizadas.

4. Los Estados miembros se asegurarán de que las ventanillas únicas y las autoridades competentes den respuesta lo antes posible a toda solicitud de información o de ayuda contemplada en los apartados 1 y 2 y, si la solicitud es errónea o carente de fundamento, informen de ello al solicitante lo antes posible.

5. Los Estados miembros y la Comisión tomarán medidas complementarias para fomentar que en las ventanillas únicas pueda accederse a la información contemplada en el presente artículo en otras lenguas comunitarias. Esto no interferirá con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas.

6. La obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores y los destinatarios no les exige que faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares, sino que se refiere únicamente a información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos.”

¹³⁸ Artículo 8: Procedimientos por vía electrónica: “1. Los Estados miembros harán lo necesario para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes.

2. El apartado 1 no se aplicará a las inspecciones del lugar en que se presta el servicio o del equipo utilizado por el prestador ni al examen físico de la capacidad o de la integridad personal del prestador o del personal responsable.

3. Con arreglo al procedimiento contemplado en el artículo 40, apartado 2, la Comisión adoptará normas de desarrollo para la aplicación del apartado 1 del presente artículo, con el fin de facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros, teniendo en cuenta las normas comunes desarrolladas a escala comunitaria.”

Ya por cuanto al derecho reconocido, queda limitado a los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicio. Siguiendo los conceptos manejados en la Directiva (art. 4) se tratará de los procedimientos administrativos necesarios para el ejercicio efectivo de una actividad económica por cuenta propia, normalmente prestada a cambio de remuneración, con duración indeterminada con una infraestructura estable¹³⁹.

Sobre la información a la que se tiene derecho, el legislador no ha hecho ningún esfuerzo en su concreción, pese a que en muchos casos se da una gran indefinición. Otro elemento a destacar es que no se impone una información activa, como podría entenderse de la Directiva, de modo que para respetar este derecho de la LAE bastará con dar la información una vez el interesado la haya solicitado.

Así las cosas, salvo quizá la concreta referencia del art. 6. 3º c) LAE a la información sobre los litigios, el resto de la información a la que se reconoce el derecho sería fácilmente reconducible al artículo 6. 1º LAE, tanto por el derecho a obtener información en general, cuanto reconoce el derecho a relacionarse de forma electrónica para ejercer derechos del artículo 35 LRJAP, entre los que se encuentra el derecho a conocer las autoridades responsables del procedimiento (art. 35 a) LRJAP) y, sobre todo, el derecho al derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar (art. 35 g) LRJAP). Asimismo, se dan diversas obligaciones de información en los artículos 10. 3º, 27. 4º LAE y respecto de los registros en el artículo art. 25. 1º y 2º LAE, mandatos que quedan conectados con este derecho del artículo 6. 3º LAE. Resta por último señalar que la Directiva quedará incumplida para el caso de que en razón de la Disposición final tercera, las administraciones autonómicas y locales no hagan efectivo este derecho.

Mención particular sobre la lengua y el lenguaje de la información a la que se accede

Al respecto del lenguaje sexista

Cabe hacer una breve referencia a la cuestión del lenguaje sexista en la Administración y, por ende, en la administración electrónica. Siendo la red especialmente lugar de difusión de información pública, en su sentido más amplio, será más fácil que se dé un lenguaje sexista o discriminatorio. En este punto, cabe recordar la específica exigencia y garantía de lenguaje y contenidos no sexistas en la red en razón del artículo

¹³⁹ Como la LAE no lo limita, se tratará de todo tipo de establecimiento de actividades de servicios, incluidos también los que la Directiva excluye.

28. 4º de la referida Ley orgánica 3/2007¹⁴⁰. Todo hay que decir que hoy día no resulta jurídicamente sencillo fiscalizar cuándo nos encontramos ante lenguaje sexista¹⁴¹.

La lengua de la información pública a la que se accede y la Disposición adicional sexta

La Disposición adicional sexta de la ley dispone en su segundo apartado que “las sedes electrónicas cuyo titular tenga competencia sobre territorios con régimen de cooficialidad lingüística posibilitarán el acceso a sus contenidos y servicios en las lenguas correspondientes.

3. Los sistemas y aplicaciones utilizados en la gestión electrónica de los procedimientos se adaptarán a lo dispuesto en cuanto al uso de lenguas cooficiales en el artículo 36 de la ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y el Procedimiento Administrativo Común.

4. Cada Administración Pública afectada determinará el calendario para el cumplimiento progresivo de lo previsto en la presente disposición, debiendo garantizar su cumplimiento total en los plazos establecidos en la disposición final tercera.”

Ya hace años tuve la ocasión de señalar la reformulación del alcance de los derechos lingüísticos y la necesaria reinterpretación constitucional en virtud de la deslocalización de los procedimientos de la administración electrónica¹⁴². A tales estudios cabe remitir. La LAE garantiza el ejercicio del derecho a usar lenguas en la relación electrónica en razón del reenvío contenido en el artículo 6. 1º así como la remisión a la normativa vigente de la Disposición adicional 6ª de la ley. Aparentemente, parece que no se innove el régimen lingüístico de aplicación en cada caso. Sin embargo, en razón del apartado segundo de esta Disposición 6ª LAE, todas sedes electrónicas cuyo titular ejerce competencias en territorios de cooficialidad lingüística tienen la obligación de posibilitar el acceso a sus contenidos y servicios electrónicos en las lenguas cooficiales correspondientes. Ello supone una carga novedosa para la AGE y los organismos públicos

¹⁴⁰ 4. En los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas

¹⁴¹ Al momento, sólo se conocen los “Criterios para la adaptación del lenguaje administrativo a la realidad social” adoptados por el CGPJ –sin carácter normativo. En los mismos se propone diferenciar el masculino y del femenino en la designación de profesiones y actividades; incluir la terminación femenina en los sustantivos así como el uso del artículo el/la. Criterios disponibles en www.juecesdemocracia.es/cgpj/2007/enero/lenguaje%20administrativo.pdf (25. 6. 2007).

¹⁴² Así en mi trabajo, “A propósito del derecho a establecer relaciones electrónicas con la administración sin discriminación y los derechos lingüísticos del ciudadano administrado electrónicamente. Una futura reinterpretación constitucional en razón del progreso de la Administración electrónica”, en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*, Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, Madrid, pp. 231-256.

dependientes de ella. En primer término, será obligatorio que el “Punto de acceso general” que impone el artículo 8. 2º LAE disponga en todas las lenguas españolas la relación de servicios a disposición de los ciudadanos y el acceso a los mismos. Esta exigencia de todas las lenguas en el punto de acceso general no incluiría necesariamente la prestación de todos los servicios en todas las lenguas, puesto que este punto de acceso general concentra los contenidos y accesos a las diferentes sedes electrónicas de la AGE y sus organismos dependientes, pero no implica en sí la prestación de tales servicios. Ahora bien, en razón del artículo 8. 2º LAE es también obligatoria la existencia de una sede electrónica para cada Ministerio¹⁴³ y una para cada “organismo público”: organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales (ex art. 43. 1 LOFAGE). Pues bien, en la medida en la que unos y otros tengan competencias sobre los territorios, todos sus contenidos y servicios electrónicos habrán de estar en todas las lenguas cooficiales, a elección del ciudadano. Y esto sí que comporta una importante obligación para los ministerios y, especialmente significativa puede llegar a ser para los organismos autónomos.

Hay que recordar la cierta indefinición en el artículo 10 LAE, puesto que no aclara hasta qué punto ha de haber una sede electrónica por debajo de cada departamento ministerial o, en su caso, organismo autónomo, sino que simplemente señala la existencia de sedes de “órganos” o “entidades administrativas”. Sobre la base de la existencia de sedes de órganos o entidades inferiores y localizadas en territorios de lengua cooficial podría pretenderse eludir la imposición de que las sedes electrónicas obligatorias a las que se ha hecho referencia ofrezcan sus contenidos y servicios en la lengua cooficial. Sin embargo, aunque la Disposición adicional sexta podría haber exceptuado la obligación que impone con alguna previsión específica para el caso de sedes de órganos o entidades administrativas y su radicación territorial, no lo ha hecho. Por ello, en razón del texto de la norma, se impone que todos los contenidos y servicios de Ministerios y organismos dependientes de la AGE con competencia en los territorios de cooficialidad lingüística obligatoriamente sean accesibles en las lenguas correspondientes, a elección del ciudadano.

¹⁴³ Así en razón de la noción “Departamentos Ministeriales” de la LOFAGE –art. 8. 2º-.

El derecho de acceso a la información pública en España: Una víctima de la sensibilidad políticamente correcta

*Dr. José Luis Dader
Catedrático de Periodismo
Universidad Complutense*

El que fuera cuarto Presidente de Estados Unidos, James Madison, dejó escrito en 1822 que *"un gobierno popular sin información popular o sin los medios para adquirirla está ya en la antesala de una farsa o de una tragedia o quizá de ambas cosas"*.¹⁴⁴

Los tiempos actuales de 'la Sociedad de la Información' obligan en España a recordar aquella idea, ante la sobreabundancia de información irrelevante que soportamos en comparación paradójica con la escasez de posibilidades de acceso a la información de carácter oficial y/o producto de la actividad social pública. Esta última queda sepultada a cal y canto, en muchos casos, en los archivos de nuestras Administraciones, a disposición tan solo de nuestros dirigentes y funcionarios tutelares. Como rotundamente denunciaban no hace mucho tiempo los destacados especialistas en archivística y documentación Ramón Alberch y José Ramón Cruz Mundet, "en España cualquier cosa puede ser secreta y ser secreta a perpetuidad hasta rayar el esperpento" (1999:140).

Obviamente la información popular a la que se refería Madison no se limita a las noticias de actualidad que puedan aportar los diversos gabinetes de información interesada o a las descripciones surgidas de los variopintos acontecimientos de la vida social cotidiana. Sino de modo principal, a la información concerniente a la actividad de las instituciones públicas, que afecta al ejercicio de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y que, en virtud de la garantización democrática de las actividades institucionales, genera un cúmulo de documentación atestiguadora –expedientes, estados de cuentas, balances de actividad-. Tal documentación ha de quedar, en consecuencia, custodiada bajo confirmación de su exactitud y fidelidad a los hechos que certifica –sin alteraciones, amputaciones o modificaciones arbitrarias-, resultando su conocimiento de gran necesidad para evaluar y fiscalizar la actuación de los representantes o delegados

¹⁴⁴ La célebre frase, recordada en una gran cantidad de trabajos, pertenece a una carta escrita por Madison a W.T. Barry, el 4 de agosto de 1822, con el texto literal siguiente: *"A popular government without popular information, or the means of acquiring it, is but a prologue to a farce or a tragedy, or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance, and a people who mean to be their own governors must arm themselves with the power which knowledge gives."* La carta está recogida en el Vol. 1, cap. 18. Documento 35 de *The Writings of James Madison* [cfr. Gaillard Hunt (ed.), 1900. Cfr. también <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch18s35.html>]. James Madison fue presidente de Estados Unidos en los mandatos de 1808 a 1812 y 1812 a 1816.

públicos designados para la organización política de la comunidad. El pueblo soberano, es decir, todos y cada uno de los ciudadanos de un Estado, constituye el sujeto de ese ‘gobierno popular’ madisoniano o democrático, aunque por razones obvias, haya de actuar en primera instancia por la mano delegada de unos representantes libremente elegidos. Pero a diferencia de una concepción elitista o institucionalista del poder democrático, se supone en dicha concepción que ese pueblo soberano sigue participando en la acción de gobierno, más allá de las tareas políticas intensivas decididas y ejecutadas por sus delegados, recibiendo información detallada de la actividad de estos últimos y pudiendo reclamar en cualquier momento el ejercicio de la fiscalización: un acceso a la documentación que esos mismos delegados tienen obligación de haber ido consignando.

La idea de unos “arcana imperii” o secretos de Estado, arbitrariamente establecidos por el gobernante y sus ‘secretarios’ (o custodiantes de los secretos) pertenece a una concepción medieval del mundo político que empezó a resquebrajarse en la Francia pre-revolucionaria cuando el ministro de finanzas de Luis XVI, Jacques Necker, estableció y aplicó el sorprendente principio para su época de la publicación del presupuesto del Estado.¹⁴⁵ A partir de entonces, las sociedades democráticas han seguido manteniendo parcelas de secreto legítimo en los asuntos de Estado, así como en los datos relativos a las características o actividades de sus ciudadanos que, por necesidad de la gestión administrativa, deban formar parte de los expedientes oficiales. Pero dichas parcelas han de quedar restringidas, conforme a la filosofía democrática, a cuestiones precisamente definidas, de acreditada utilidad para el bien común y la seguridad física y moral de sus ciudadanos, y sometidas en todo caso a procedimientos reglados de verificación y calibrado entre los derechos individuales y los colectivos.

La transparencia de la acción público-administrativa y el ejercicio popular de la fiscalización de las actividades de repercusión en los derechos colectivos forman así parte de los principios democráticos, con la misma importancia que la libertad de expresión, de asociación o de participación política.

La coartada falaz de la defensa de la intimidad y la privacidad

El reconocimiento de derechos individuales universales ha sido también otro de los caminos del progreso democrático en la Historia de la Modernidad. Gracias a esta ruta complementaria, la protección de la privacidad y la intimidad ha llegado a formar parte de los derechos fundamentales de buena parte de las democracias avanzadas.

¹⁴⁵ Necker llevaba a la práctica, en realidad, una innovación ya planteada en Inglaterra durante la Revolución de 1688, de someter el Presupuesto a los representantes populares, aunque aún no fuera al público en general, tal y como recuerda Hans Speier (ed. 1972:103). Este mismo historiador de la opinión pública señala que Necker implantó ‘la franqueza y publicidad’ en la política fiscal para –en palabras del propio Necker–, “calmar al público que empezaba a desconfiar de la administración de las finanzas y temía que el ingreso del tesoro no ofrecía ninguna seguridad al capital y a los intereses de sus acreedores” (ibid.:108).

En defensa de este derecho individual y dadas las múltiples situaciones de conflicto entre la preservación del anonimato de los datos particulares de los ciudadanos y la divulgación de los documentos custodiados por la Administración en que aparecen aquéllos, muchas autoridades –y de modo especialmente intenso las españolas-, han podido esgrimir su ‘obligación moral’ y también jurídica de no desvelar múltiples documentos archivados en las oficinas públicas por lesionar, en tal caso, la protección de la privacidad y/o la intimidad de los sujetos afectados.

Una sentencia judicial, por ejemplo, es un acto público que genera consecuencias jurídicas para el conjunto de la sociedad –y no sólo para los directamente afectados-, y por consiguiente debiera poder ser conocida por cualquier ciudadano. Imaginemos si no, una justicia que sancionara o enviara a prisión a ciudadanos sin que nadie salvo los poderes del Estado tuvieran conocimiento de tales actos, y sólo ellos pudieran tener noticia de sus posibles revisiones: produciría un sistema muy similar al de las desapariciones de ciudadanos ‘chupados’ por la policía en la dictadura argentina. Pero ciertamente, la noticia de los datos e implicaciones de personas concretas en los hechos juzgados libera al conocimiento público aspectos de la vida personal de los implicados. Igual cabe decir respecto a la divulgación de documentos administrativos de toda índole, desde un expediente de solicitantes de una beca universitaria, al listado de los pacientes y protocolos médicos seguidos en un hospital.

La digitalización de la información y su tratamiento informático ha posibilitado además que los descomunales graneros de datos que contienen los múltiples expedientes y documentos archivados puedan ser organizados y separados o relacionados con otros a una velocidad asombrosa y con un grado de particularización que hace prácticamente transparente la ubicación y reconocimiento de cualquier aguja en el metafórico megapajar de la Administración del Estado o de los fondos documentales de cualquier institución pública o privada. El riesgo máximo es entonces que cualquier ‘dato personal’ de los múltiples contenidos en esos grandes ficheros sea aislado y liberado a la observación de cuantas personas sientan curiosidad por él. Por consiguiente, surge con fuerza en el imaginario colectivo el lógico temor a una sociedad hipertransparente en la que la ‘minería de datos’ de los ordenadores centrales del mítico Gran Hermano orwelliano pudiera controlar cualquiera de nuestros actos privados o de micro relación social.

Muchos gobernantes y legisladores han encontrado en dicho temor un argumento de solidez moral impecable en apariencia para buscar y asegurar ‘la protección de los datos’. Conviene recordar, sin embargo, que todos esos defensores de nuestra privacidad informativa no plantean que –para proteger esa privacidad-, se impida a las Administraciones recopilar tales datos, que el Estado no tenga derecho (sino obligación) de registrar los ingresos y los impuestos que paga cada ciudadano, sus expedientes académicos, los listados de internos en centros sanitarios o penitenciarios, etc. Se da por supuesto que esa información recopilada institucionalmente es útil e incluso indispensable para el bien común de unos servicios públicos. A nadie se le ocurre ya

protestar, por ejemplo, como ocurriera en el París del siglo XVIII, porque la organización de los servicios públicos impusiera la numeración de las casas en las diferentes calles, bajo el argumento, popular entonces, de que si las casas eran numeradas y clasificadas, los recaudadores y la policía podrían saber dónde vivía cada persona e ir hasta su hogar a cobrarles sus impuestos o a detenerlos.¹⁴⁶ Bien al contrario, se da por supuesto que las necesidades colectivas de una organización eficaz de la Administración Pública requieren realizar toda esa ingente recopilación de datos. Pero lo que luego se pone en duda es que el aprovechamiento y uso de cualquiera de los mismos pueda ser facilitado a quienes no son los gobernantes y sus funcionarios.

La idea de que tal restricción radical sea imprescindible para proteger a los individuos de a pie de las intromisiones y los chismorreos de los restantes conciudadanos sólo puede basarse en una concepción ontológicamente absurda y políticamente antidemocrática o elitista de la publicidad social, según la cual, la transparencia documental ha de ser negada a la ciudadanía por la perversa inclinación de ésta hacia el daño a sus conciudadanos, y en cambio tiene que ser conferida sin reservas a la casta dirigente y sus dependientes funcionarios, por la indubitada inclinación benemérita de estos últimos al interés general y su automático olvido de cuanta información tratada fuera susceptible de otros usos externos.

Cuando se establece el principio de que la ciudadanía no puede acceder de forma generalizada a la información custodiada por las instituciones, las posibilidades de fiscalización externa de las actividades desarrolladas en el interior de los organismos se desvanecen, surgiendo así la pregunta crucial en un Estado democrático de ¿quién fiscaliza a los fiscales? O qué estado de cuentas puede realmente conocer una ciudadanía tutelada cuando las cuentas sólo son revisables entre una casta de pares.

¹⁴⁶ Como señala el equipo de urbanistas y arquitectos encabezados por Catherine Farvacque-Vitkovic (2005), aunque ya desde el siglo XV habían existido intentos en París de numerar las casas e identificar las calles con nombres grabados en las paredes, no es hasta el siglo XVIII cuando comienzan a aplicarse tales identificaciones de manera sistemática. Las razones fundamentales, además de la costumbre popular, a la que le bastaba el conocimiento del lugar por los residentes o visitantes habituales era, según estos autores, el miedo a la inquisición fiscal y policial. De hecho, cuando en el siglo XVIII se acometa la numeración e identificación serán ‘el control de las viviendas ilegales’ y ‘la seguridad pública’ las principales motivaciones de las autoridades. En 1726, el intento de limitar el crecimiento de los suburbios de París, con el deseo de facilitar el censo de las casas existentes en estos barrios periféricos, se traduce en la decisión de grabar un número sobre el marco de una ventana, aunque no será hasta 1778 cuando se proponga ampliar el sistema a las casas de toda la ciudad. Según las fuentes recopiladas por los citados urbanistas, el entusiasmo gubernamental por la medida fue tal que el Prefecto del Sena y el de Policía se disputaban la ejecución de la misma. Pero tanto ésta, y su complementaria de colocar inscripciones sistemáticas con el nombre de las calles (ya desarrollada en 1728), tenían que realizarse a menudo por la noche para evitar la resistencia vecinal (cfr. Farvacque-Vitkovic et al. 2005:10 y ss. Y cfr. también, Pronteau (1966) y Denis y Milliot (2004).

Negar entonces el acceso del público a los datos del sistema educativo, sanitario, penitenciario, de la Hacienda pública, la gestión de los recursos municipales, etc., alegando que de hacerlo se producirían determinadas violaciones de la privacidad e intimidad de muchos ciudadanos, se convierte en muchos casos en una excelente coartada, asumida y apoyada por muchos de esos sujetos particulares. Pero contra los intereses de estas mismas personas, satisfechas quizá por la protección que tan generosamente les brindan sus tutores, a menudo se disfraza el viejo privilegio del funcionario y el gobernante de que ‘nadie meta las narices’ en los asuntos que sólo ellos – lejos de cualquier sistema de garantías-, controlan y manejan. Cuando dicho privilegio se rompe, como señala Reg Whitaker (ed. 1999:188) tras enumerar diversos ejemplos –si bien este autor se muestra por lo general más sensible a la protección de la privacidad que de la transparencia-, “el comportamiento de ciertos funcionarios que antes se mantenía oculto y fuera de toda consideración, llega pronto a la opinión pública con importantes consecuencias”. Y añade (ibid.:192):

“Muchos de los que han intentado acceder a ciertos archivos gubernamentales se han encontrado que las barreras más infranqueables se legitiman ahora mediante la denominada ‘protección de la intimidad’ de la sociedad civil, irónico recurso si tenemos en cuenta que tanto las leyes que protegen la libertad de información como las que protegen la intimidad de los ciudadanos han sido promovidas por grupos de la sociedad civil para limitar el poder de vigilancia del Estado burocrático”.

El equilibrio posible entre protección privada y fiscalización pública

Diversos estados democráticos hace tiempo que comprendieron la necesidad de equilibrar el derecho de la fiscalización pública, abierto a cuantos ciudadanos deseen ejercerla, con la protección de los aspectos privados que cada persona no desearía revelar más que a quien libremente cada cual decida.

Estados Unidos es, junto con los países escandinavos, uno de los estados que primero y de manera más sistemática dio forma legal a esta conjugación de principios teóricamente sujetos a conflicto. Ya en 1966 su Legislativo promulgó una ley federal, la Freedom of Information Act (FOIA) que desde su primera formulación y tras las sucesivas reformas que ha ido teniendo –al coordinarse con la Privacy Act de 1974, o su transformación en la Electronic Freedom of Information Act (EFOIA) en 1996-, ha considerado que ninguno de esos dos derechos podría ejercerse de manera rígida y absoluta por encima del otro.

La expresión más certera de esa conjugación se recoge en la llamada ‘excepción sexta’ de la obligación de todas las oficinas de la Administración Federal a facilitar el acceso a los documentos de cualquier índole que tengan bajo su custodia. Dicha cláusula establece que la obligación de facilitar copia o acceso a los documentos archivados no se aplica a

“los expedientes personales, médicos o similares cuya revelación pudiera constituir una evidente invasión injustificada en la privacidad personal”.¹⁴⁷

Lo trascendental de dicha formulación, y que podría pasar desapercibido a una lectura poco atenta por venir expresado en sentido inverso, es que no considera de manera tajante que tan siquiera los expedientes médicos o de cualquier otra índole supuestamente íntima queden exentos de la obligación de ser facilitados al público cuando obren en poder de la Administración. Sino tan sólo aquellos que cumplan la condición de constituir una ‘evidente invasión injustificada en la privacidad personal’. Es decir, para el legislador estadounidense hay invasiones de la privacidad que pueden estar justificadas y otras no, correspondiendo como es lógico a los tribunales correspondientes determinar cuándo una invasión en la privacidad o intimidad será legítima y cuándo no.

Bajo dicha perspectiva el funcionario o su Administración¹⁴⁸ ya no tiene la última palabra para determinar que por la naturaleza de un documento –como un expediente médico- pueda negárselo a facilitárselo a un periodista, asociación ciudadana o reclamante particular. Será el juez o tribunal competente quien habrá de decidirlo, correspondiéndole además al organismo afectado aportar la argumentación necesaria para convencer a la magistratura de que en ese caso determinado deba prevalecer el derecho particular a proteger unos datos frente al derecho público a conocerlos.

En aplicación de esta concepción las administraciones estadounidenses están suministrando constantemente el acceso a todo tipo de expedientes –habilitando incluso salas específicas en las dependencias públicas, facilitando copias informáticas o en papel a precios de coste, o incluso permitiendo la descarga libre en páginas electrónicas, tal y como obliga a fomentar la misma ley-, y sólo podrán negarlo en primera instancia cuando la Administración tenga dudas razonables de que los datos solicitados no contribuirían en ese asunto concreto a un conocimiento público necesario para la defensa de intereses colectivos legítimos o la demostración del correcto funcionamiento de la propia Administración. En dicho contexto, la Administración de Educación, por ejemplo, no podría negarse a facilitar a un periodista todos los expedientes de solicitud de una beca pública –alegando que se divulgarían datos personales de los solicitantes-, si el periodista quiere comprobar con ello que se ha aplicado correctamente el baremo de selección. La

¹⁴⁷ El texto original dice literalmente: “personnel and medical files and similar files, the disclosure of which would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy”, según aparece en FOIA (ed. 1996. FOIA Update Vol. XVII, No. 4, 1996, Sección b) 6. (Cfr. también Ullman y Colbert, 1991:98, y

http://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_XVII_4/page2.htm).

¹⁴⁸ Aunque la *Freedom of Information Act*, convertida en *Electronic Freedom of Information Act* desde 1996, sólo es de aplicación a las oficinas y organismos de la Administración Federal, la legislación de la mayoría de las administraciones de cada Estado se rige en Estados Unidos por principios similares, mediante el conjunto de regulaciones locales denominadas ‘Sunshine Acts’.

protección del principio de igualdad entre todos los concursantes está por encima del derecho individual de cada uno para proteger sus calificaciones académicas. La traducción de tal visión al discurso popular será que quien no desee que cualquier otra persona pueda enterarse de sus resultados académicos, que sencillamente no se presente a solicitar ayudas de la Administración, ya que, si alguien pretende beneficiarse de una subvención pública ha de saber que todos los demás ciudadanos tienen derecho a fiscalizar por sí mismos esa posibilidad.

Esa misma concepción, aun con cierta lentitud, va avanzando no sólo entre países tradicionalmente afines a sus presupuestos –como los escandinavos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda-, sino que incluso está presente o comienza a implantarse en otros Estados de todo el mundo, e incluso en algunos europeos con inclinación histórica a la protección superior de la privacidad (cfr. Banisar, 2006). A título sólo de ejemplo significativo, parece oportuno resaltar la incorporación al criterio de equilibrio del Reino Unido, con la aprobación de su Freedom of Information Act en el año 2000 y su entrada en vigor el 1 de enero de 2005 (<http://www.cfoi.org.uk/foiact2000.html>). En el caso británico, si bien se aceptan tres niveles de protección de datos e informaciones archivadas por la Administración, la pieza clave de su sistema de equilibrio es el llamado “*Test del interés público*” (Banisar, 2006:155): “*La información puede ser retenida sólo cuando el interés público de mantener retenida esa información supere el interés público de su revelación*”.¹⁴⁹

Por su parte, Italia, país en muchos aspectos considerado muy afín culturalmente a España, mantiene también un sistema de notable equilibrio entre la defensa de la privacidad y el derecho de acceso, tal y como reflejas sus leyes de *Procedimiento Administrativo* (1990) y *Sobre la Privacidad* (1996), con una tendencia contrastada de la jurisprudencia a primar el derecho de acceso, sobre todo en el caso de la prensa, cuando concurren circunstancias de beneficio público por la divulgación de unos datos. Dicha legislación reconoce el derecho de acceso a “*cualquier individuo que tenga interés*”, manteniendo la privacidad como límite, pero desapareciendo éste cuando el interesado en el acceso acredite que necesita los documentos para proteger y tutelar sus intereses jurídicos. En el caso de la prensa, además de someterse a ciertos requisitos regulados por el Código Deontológico de los Periodistas, las peticiones de acceso están sometidas a la evaluación de un “Garante”, quien debe autorizar por escrito dicho acceso. En virtud de esa práctica, los periodistas en muchos casos acceden a los datos personales para cumplir su función de información pública, teniendo obligación de limitarse a divulgar los hechos esenciales cuando su revelación más detallada carezca de ese interés público cívico.

¹⁴⁹ La expresión literal de la expresión, tal y como viene recogida en el art. 2. 1. b. de la Freedom of Information Act británica es: “*In all the circumstances of the case, the public interest in maintaining the exclusion of the duty to confirm or deny outweighs the public interest in disclosing whether the public authority holds the information*”.

Dicha práctica por lo general resulta muy liberal y favorable a la liberación de información (Crognali, 2002; cfr. también Banisar, 2006:91 y ss.)

El caso español

La Constitución española podría en principio expresar también ese equilibrio democrático entre la protección del derecho a la privacidad y la intimidad y el de acceso a la información de interés o incidencia pública general. De manera inequívoca su artículo 18, dentro del capítulo de derechos fundamentales, garantiza “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, añadiendo en su apartado 4 que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos” (CE, ed. 1991:22). Sin embargo, y aunque los derechos genéricos a la libertad de expresión e información están recogidos también en el mismo Título Primero, relativo a los derechos fundamentales, como es reiteradamente recordado y analizado por todos los especialistas españoles en Derecho de la Información, no existe idéntica seguridad respecto a que el derecho específico al acceso a la información de carácter público administrativo esté realmente reconocido con el mismo rango constitucional que el de la intimidad o privacidad.

Como recuerda entre otros Joaquín Meseguer (2000:8) existe en el derecho español toda una línea interpretativa que, escudándose en el dato de la mención expresa del “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en el artículo 105, considera que tal derecho ya no tiene rango de fundamental por no estar expresamente mencionado en el Título Primero, y en consecuencia no podría reclamarse para él un rango equiparable al de la intimidad y privacidad.

Frente a esa interpretación, que sin duda parece haberse impuesto en el desarrollo legislativo y jurisprudencial español, es también de sobra conocida la argumentación de algunos de nuestros constitucionalistas, como Jorge De Esteban, para quienes el derecho de acceso a los documentos archivados por la Administración derivaría directamente del derecho a recibir información protegido con rango de fundamental en el artículo 20.1.d. En opinión de este académico, la consecuencia de que el derecho positivo español no haya respaldado de manera explícita tal conexión ha llevado, no sólo a que leyes afectadas, como la de Procedimiento Administrativo, carezcan de la consideración de ley orgánica, sino que “en lugar de ser la publicidad la regla y el secreto la excepción, se han invertido los términos y es el secreto la regla, puesto que se deja su apreciación a la discrecionalidad de la Administración” (De Esteban, 1997:5).

Pero aun sin ser jurista y sometiendo por tanto la siguiente especulación a la evaluación de los especialistas, cabría en mi opinión insistir en la conexión del derecho de acceso a la información no sólo con el referido artículo 20, sino también con otros de rango fundamental de nuestra Constitución: Habría que determinar en cada caso de colisión si el bien público más protegible habría de ser la intimidad o la transparencia administrativa atendiendo a que ésta a menudo implica garantías respecto a la igualdad (art. 14), el derecho a la vida e integridad física (art. 15) y la libertad y seguridad (art. 17),

entre otros derechos igualmente fundamentales y no menores al superprotegido derecho a la intimidad, reunidos todos ellos por nuestra Constitución en su Título Primero.

Por otra parte, algunas sentencias del Tribunal Constitucional, en relación a la difusión de noticias veraces pero lesivas para el honor personal, han planteado en el razonamiento de las mismas que la relevancia comunitaria y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia” (ABC, “La intimidad sólo puede violarse cuando existe interés público”, 19-2-1992, p. 69). Tendríamos de nuevo por vía inversa un reconocimiento, en este caso en el Tribunal Constitucional español, de que el derecho público a saber puede prevalecer en ocasiones sobre la defensa del interés privado de la intimidad. Cabría así esgrimir la misma argumentación a la hora de exigir la revelación de unos datos o expedientes obrantes en poder de la Administración, pero a este autor, al menos, no le consta que nuestro Tribunal Constitucional haya llegado tan lejos en algún otro caso específico.

Caos, ambigüedades y restricciones del derecho español en materia de acceso a la información pública

Antes de llegar al poder en marzo de 2004, el PSOE incorporó entre las novedades de su campaña electoral la reivindicación de una ley de “Libre Acceso a la Información de la Administración y las Empresas Públicas”. Diego López Garrido llegó a expresarlo ante los medios¹⁵⁰, aunque sin demasiado eco, justificando su necesidad en que, por ejemplo, podrían conocerse así los contratos de los directivos de RTVE. Concebía dicha ley como un desarrollo del artículo 105 de la Constitución y declaraba que los únicos límites a la transparencia administrativa deberían ser los secretos oficiales, los procedimientos abiertos en la averiguación de delitos y el derecho a la intimidad (sin resolver entre otras cosas cómo podría compaginarse éste con la divulgación de los contratos de los directivos aludidos, sobre quienes debía considerar en aquel momento que sólo podían pertenecer a la formación política adversaria). Sin embargo, una vez llegado al Gobierno, el partido socialista ha olvidado esta promesa y mantenido el acceso a la información pública en similares parámetros –con ligeros retoques en cuanto al registro de intereses de los parlamentarios y la financiación de los partidos políticos mediante donaciones anónimas-, a los que fijaba el marco legal alcanzado durante las legislaturas del PP –fiel continuador a su vez de la configuración establecida durante la etapa socialista anterior-.

Pero la indudable necesidad, en mi opinión, de incorporación al derecho español de una regulación específicamente promotora de la transparencia de la documentación de interés público, no sólo requeriría la redacción de un texto legal hasta ahora inexistente en

¹⁵⁰ EL MUNDO (2003): “El PSOE propone libre acceso a toda la información pública”, *El Mundo*, 30 de Diciembre, página 12.

nuestro ordenamiento, sino la revisión de un disperso abanico de leyes. La heterogénea regulación en materia de transparencia administrativa y acceso público de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985), la Ley de la Función Estadística Pública (1989), la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (1992), la Ley sobre Transparencia Informativa en Materia de Medio Ambiente (1995, por transposición de Directiva Europea) y la Ley Orgánica de Protección de Datos (1999, por transposición también de Directiva Europea), como textos legales principales¹⁵¹ viene hasta ahora sometiendo este hipotético derecho, no ya a la manifiesta inferioridad ante la losa políticamente correcta de la defensa de la intimidad –y de la impunidad funcional e institucional-, sino a todo un cúmulo de lagunas, ambigüedades y contradicciones.

Sin ánimo de exhaustividad y ante la obligada brevedad asumida en estas páginas, me planteo señalar algunas de esas contradicciones y lagunas sin cuya superación el derecho de acceso de los ciudadanos a la información institucionalmente archivada seguirá siendo en España una casualidad o una quimera:

La ley 38/1995, de 12 de diciembre sobre El Derecho de Acceso a la Información en Materia de Medio Ambiente (Ley 38/1995) venía a transponer al derecho español la Directiva Europea 90/313 sobre Libertad de Acceso a la Información en Materia de Medio Ambiente. Dicha regulación venía a establecer –aun con el considerable retraso de cinco años-, que:

Art. 1: *“Todas las personas físicas o jurídicas, nacionales de uno de los Estados que integran el Espacio Económico Europeo, o que tengan su domicilio en uno de ellos, tienen derecho a acceder a la información ambiental que esté en poder de las Administraciones públicas competentes, sin obligación de acreditar un interés determinado y con garantía, en todo caso, de confidencialidad sobre su identidad”* (Ibid: 35709).

Sin embargo, tan revolucionario principio para estos escenarios jurídicos, y que en la Directiva originaria no presentaba mayores restricciones, topaba en la transposición española con una serie de reconocimientos de “denegación de la información”, entre los que destacaban los siguientes expedientes:

“e) los que hayan estado sujetos, o lo estén en la actualidad, a algún procedimiento judicial o administrativo sancionador, incluidas las diligencias o actuaciones previas o de carácter preliminar (...)”

g) los que afecten a la confidencialidad de datos y de expedientes personales” (Ibid: 35709).

¹⁵¹ La mayoría de estas leyes han ido siendo sometidas a actualizaciones o revisiones parciales en años posteriores.

Con semejantes restricciones –sin entrar a valorar otras muchas incluidas en el texto–, el derecho de acceso quedaba tremendamente desdibujado, no sólo porque los expedientes de sanción constituyen una de las disuasiones más beneficiosas para la sociedad del conocimiento público de los causantes de daños medioambientales, sino porque la supeditación a una indefinida “confidencialidad de datos y expedientes personales”, prácticamente permite conservar la habitual discrecionalidad de la Administración española. Aún así, establecía como novedad la obligación para las Administraciones públicas de facilitar “la información ambiental que sea posible separar de la relacionada con los asuntos señalados en el apartado [anterior]” (ibid. 35710). Es decir, que frente a la habitual negativa de nuestras Administraciones a realizar tareas de segregación de datos cuando una petición de información afecta a expedientes que puedan contener datos personales, la Administración interpelada no podría negarse en este ámbito a revelar los datos del expediente que no estén expresamente sometidos a la excepción denegatoria.

Pero por si no hubiera quedado suficientemente obstaculizado el hipotético derecho a acceder en España a este tipo de información, la citada norma era modificada mediante la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (LEY 55/1999), para reforzar las circunstancias de denegación de los expedientes relativos o relacionados con posibles sanciones (Ibid: 46.136).

Dicha normativa ha quedado derogada y sustituida por una nueva ley de de 18 de julio de 2006, por la que se regulan los Derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente (LEY 27/2006), que adapta a la legislación española sendas Directivas europeas recientes (2003/4/CE y 2003/35/CE) sobre la referida materia. La nueva regulación supone un incremento del derecho de acceso informativo, según recoge el preámbulo de la Ley en varios aspectos, entre los que destacan, a mi juicio: 1) La ampliación considerable del tipo de información objeto de difusión, con identificación de unos mínimos de obligado cumplimiento en función de su importancia y urgencia, 2) Las resoluciones denegatorias de información no operan de manera automática, sino que la autoridad pública deberá ponderar en cada caso los intereses públicos implicados y justificar su negativa, y 3) Los motivos de excepción deberán interpretarse de manera restrictiva (LEY 27/2006: 27.110). Junto con lo anterior, la ley establece un principio general de promoción por parte de todas las Administraciones de la máxima difusión posible a la información de carácter medio ambiental y reitera en el artículo 3.1.a) el reconocimiento del derecho ciudadano a:

“Acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado, cualquiera que sea su nacionalidad domicilio o sede”.

Cuando se llega al capítulo de denegaciones establecidas (artículo 13), han desaparecido en esta ocasión las anteriores restricciones sobre cualquier tipo de expediente sancionador, manteniéndose tan sólo como motivo de negativa al acceso en

este aspecto (art. 13.2.a)) “la confidencialidad de los procedimientos de las autoridades públicas, cuando tal confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley”. La apariencia de apertura vuelve no obstante a oscurecerse cuando en el punto f) se recoge – dado el carácter muy restrictivo de la norma ahora invocada-, “el carácter confidencial de los datos personales, tal y como se regulan en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, siempre y cuando la persona interesada a quien conciernen no haya consentido en su tratamiento o revelación”. Aun así esta aparente nueva forma de diluir las potencialidades aperturistas de la nueva ley queda paliada por la matización (art. 13.4) de que “los motivos de denegación mencionados en este artículo deberán interpretarse de manera restrictiva. Para ello, se ponderará en cada caso concreto el interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación”. Pero, lo que es mucho más importante: Se añade en el artículo 13.5, que varios de los motivos denegatorios previstos, entre los que figura el carácter confidencial de datos establecidos en la Ley de Protección de Datos no podrán en ningún caso (...) denegar una solicitud de información relativa a emisiones en el medio ambiente” (art. 13.5).

En conclusión, podría decirse que, tras un arduo periplo de demoras y retorcimientos de los textos legales para evitar que las Administraciones españolas se vean realmente obligadas a divulgar información medioambiental “sensible” al interés público, la nueva normativa parece ajustarse, aunque a regañadientes, a una obligación pro-activa impuesta por la Unión Europea. No obstante, aún quedan en manos de las autoridades y funcionarios algunos resquicios notables de resistencia, en virtud de las exageradas cortapisas que persiste en sostener en algunas cuestiones la vigente ley de Protección de Datos, utilizada en el nuevo texto como un referente de posibles limitaciones.

Precisamente la L.O. de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica 15/1999) es una de las que mejor refleja en el ordenamiento español el cúmulo de ambigüedades, lagunas, y retorcimientos aludidos páginas atrás, supresores de la posibilidad de un equilibrio democrático entre los derechos de acceso y privacidad. Sin ánimo de realizar aquí un análisis exhaustivo de este texto, me centraré en un par de circunstancias que demuestran, a mi juicio, tal perturbación.

La L.O. 15/1999 venía a trasponer al derecho español la Directiva Europea 95/46/CE Relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de esos Datos. La filosofía de ambas normas coincide en la idea de la defensa de la privacidad e intimidad de todos aquellos datos personales susceptibles de ser tratados en cualquier tipo de base o repertorio de datos. Resulta lógico por tanto que al promulgarse desde la perspectiva de la defensa de la privacidad o intimidad no aborden estos textos con igual atención el fomento de la transparencia informativa por parte de las Administraciones.

Aun así, y de nuevo por vía inversa, la Directiva establecía una serie de excepciones en la obligación protectora de los datos, que mostraba el espíritu de equilibrio acorde con los principios democráticos de relativismo ponderado entre derechos igual de

fundamentales. En particular, la citada Directiva en su artículo 7.e) recogía entre las excepciones de protección, y en consecuencia de legalidad de tratamiento de datos personales, las situaciones en que ello “es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos” (Directiva 95/46/CE, 1995).

Sorprendentemente, la Ley española de transposición elimina de raíz tal supuesto y con ello cierra de un plumazo la posibilidad de que esos ‘terceros’ –como periodistas y colectivos ciudadanos-, pudieran plantear que en infinidad de casos el ‘interés público’ de poner de manifiesto una corrupción administrativa o un abuso de poder legitimaría a quienes quisieran exigir a la Administración correspondiente la transparencia demandada. Las concesiones arbitrarias de subvenciones, las falsedades en las declaraciones de patrimonio o intereses de autoridades y un largo etcétera pueden seguir así impunes bajo la manta de secreto que les confiere la particular forma de trasladar la protección de datos al derecho español. Pero de nuevo para asombro de quienes confiaran en el celo periodístico por la indagación de la actualidad y la defensa de sus derechos como profesión, ningún periodista o comunicador con tribuna pública reparó y menos denunció tal amputación de la Directiva fuente. Bien al contrario, la mayoría se sumó al coro de cuantos guiados por el populismo bienpensante del terror orwelliano al ‘techo de cristal de los ciudadanos’, todavía criticaban que la nueva ley resultaba demasiado tolerante en las posibilidades de liberación de datos.

Estos periodistas, incapaces de comprender que la debilidad de los ciudadanos proviene sobre todo del blindaje de las élites y no tanto de la libre circulación de ciertos datos, se mostraron indiferentes –o ignorantes- ante el cierre legal de una de sus fuentes más legítimas del ejercicio de su función de ‘perro guardián’ de las instituciones. Y sin embargo aceptaron también con la máxima indiferencia –o ignorancia-, que la excepción de acceso y tratamiento informativo negada a la ciudadanía y a su delegado moral el periodismo, era concedida sin apenas limitaciones a las entidades de crédito – para sus ficheros de ‘morosos’, o técnicamente de “solvencia patrimonial y crédito”- y a las compañías de seguros. Para éstas, en concreto, la Disposición Adicional Sexta abría las puertas de par en par –con la sola obligación de comunicar a sus asegurados que sus datos personales son susceptibles de posible cesión-, al establecer que,

“Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial con la finalidad de permitir la tarificación y selección de riesgos y la elaboración de estudios de técnica aseguradora”.

Y aun con algunas matizaciones, que:

“También podrán establecerse ficheros comunes cuya finalidad sea prevenir el fraude en el seguro sin que sea necesario el consentimiento del afectado” (cfr. Ley Orgánica 15/99:43.099).

El esperpento del ‘Censo Promocional’

Pero sin duda la situación más esperpéntica provocada en torno a esta ley es la relacionada con la aprobación y posterior modificación del llamado “Censo Promocional”: En el artículo 31 de la Ley –con mención y desarrollo en otros complementarios- se incorporaba la novedad de un “Censo Promocional” constituido por los datos de “nombre, apellidos y domicilio que constan en el censo electoral”, facilitado gratuitamente por el Instituto Nacional de Estadística a cuantas personas o entidades estuvieran interesadas, para realizar actividades de promoción comercial, publicitaria o análogas. Dichos datos básicos de todos los ciudadanos quedarían incluidos en el listado, salvo el de quienes comunicaran a la oficina encargada de su elaboración su deseo expreso de no constar en él.

De nuevo resultó inesperado que conforme al clima de lo políticamente correcto en materia de terrores orwellianos, ni siquiera los partidos políticos que habían mantenido críticas durante la tramitación de la ley por la supuesta fragilidad en el blindaje de datos, dijeran una palabra respecto a la aprobación de este censo, tal vez porque, como se verá más tarde, muchos no se habían ocupado, al parecer, ni de leer en detalle el texto propuesto. Conviene aclarar de inmediato que frente al espanto que está medida puede provocar en los defensores unidimensionales de la intimidad, dicha iniciativa, a) no vendría a liberar datos cuya obtención legal no sea posible ya por otras vías, y b) incluso remediaría ciertos abusos que de hecho tienen curso habitual por una mal entendida protección de los datos.

En efecto, los citados datos junto con el nivel de estudios de cada ciudadano forman parte del censo electoral expuesto públicamente en los tabloneros de todos los ayuntamientos cada vez que se aproximan unas elecciones y sobre los cuales las campañas de información ciudadana nos estimulan a ir a consultar y comunicar cualquier error que podamos detectar en ellos. Cualquier persona, por consiguiente, podrá mirar tales listados y tomar nota de los mismos. Se constata así de paso uno de los múltiples supuestos en los que la cesión pública de algunos datos personales resulta esencial para el correcto funcionamiento de los servicios y beneficios otorgados por las sociedades desarrolladas (si no cediéramos dichos datos y diversas entidades y delegados de grupos ciudadanos pudieran contemplarlos, no podríamos disfrutar de elecciones con garantías).

El procedimiento descrito implica sin embargo un nivel de visibilidad elemental que resultaría ineficaz para quienes pretendieran acumular toda esa información del conjunto, no ya de todos los electores del Estado, sino de los convecinos de su barrio, siquiera. Pero lo que los ultra-proteccionistas olvidan es que al celebrarse comicios de cualquier rango, la Administración electoral tiene obligación de suministrar copias escritas de tales listados a los miembros de las mesas de votación y a todos los interventores de los partidos. Dichos ‘papeles’, indispensables para ir comprobando la identidad de los votantes y que el número de papeletas depositadas se corresponde con el de votantes, deben ser devueltos al final del recuento para su destrucción por parte de la citada Administración. Pero a lo largo del día en que las urnas permanecen abiertas, nadie puede

impedir que miembros de las mesas o apoderados de los partidos, entren y salgan del local -aunque sólo fuera por elementales necesidades fisiológicas-, y en esos intervalos los listados de electores pueden ser fotocopiados o reproducidos en cualquier lugar. Surge así la posibilidad de un ‘mercado negro’ de listados del censo electoral, reconstituible a partir de contar en todas las mesas del territorio español con interventores o apoderados dispuestos a facilitar o vender su pedazo de censo. Los rumores apuntan incluso a que ciertas formaciones políticas de mínima implantación mantendrían su persistente participación, no por la esperanza de arañar un escaño, sino de unos pingües beneficios. Copias informatizadas del censo electoral completamente reconstituido circulan de hecho entre empresas de telemarketing o entre periodistas de investigación. La pretensión entonces de hiperprotección de unos datos se traduce en este caso no sólo en ineficacia, sino lo que es más grave, en estímulo de un comercio ilícito.

Los artífices de la Ley de Protección de Datos venían en este aspecto, con buen criterio, a poner freno a esa situación de desigualdad, estableciendo que en relación a unos datos tan ‘públicos’ y por otra parte tan imposibles de blindar sin poner en riesgo muchos otros servicios de las sociedades desarrolladas, parecía más democrático y legítimo que todos los ciudadanos accediéramos a ellos por igual, en lugar de dejarlos a merced del comercio privado.

Al margen de disquisiciones filosóficas, la norma del Censo Promocional permaneció inerte desde la entrada en vigor de la ley hasta que ya en 2002, y con evidente retraso en lo establecido para disponer del mismo, los organismos afectados iniciaron consultas a la Agencia de Protección de Datos para concretar los procedimientos que deberían aplicar para confeccionar dicho censo. Fue entonces cuando comenzando por la Agencia citada y siguiendo por los representantes de todos los partidos, incluido el responsable parlamentario de la Ley, abrieron la caja de los truenos y se rasgaron las vestiduras ante un permiso legislativo que expresa o tácitamente todos ellos habían aprobado.

La escenificación del escándalo, convenientemente aireada por los líderes mediáticos del simplismo políticamente correcto, consiguió que en un tiempo récord y con la inusual unanimidad de todos los partidos de la Cámara, el Censo Promocional fuera anulado en la práctica mediante la vuelta del revés en su reglamento para el procedimiento de confección: Si antes se requería una petición expresa para no figurar en él (de cuya opción serían ignorantes el 99% de los ciudadanos), ahora se requiere la petición expresa para ser incluido (lo que deja fuera también al 99% y de hecho no me consta que a partir de ello se la haya dado forma a ningún Censo Promocional).

La noticia -y editorialización subyacente- que publicó el diario El País con ocasión de la revocación parlamentaria de la configuración originaria del Censo Promocional resulta harto elocuente sobre el simplismo mediático-político y la incoherencia legislativa exhibida en todo este episodio: Escribía el redactor de la misma que “El Congreso en

pleno, prácticamente por unanimidad, reconoció ayer los errores¹⁵² de la Ley de Protección de Datos y pidió al Gobierno que la corrija”. Y añadía con no menos aire de satisfacción compartida las declaraciones tan originales del diputado de IU Luis Carlos Rejón (“Es como el 1984 de Orwell”) y del también diputado del PSOE, Diego López Garrido (“acusó al PP de haber permitido que los datos españoles, no sólo los del censo, ‘estén fuera de control’”) (cfr. Carlos E. Cué, 2002). Nuestros legisladores y observadores mediáticos quizá estén satisfechos de haber detenido aquel potencial atentado a la privacidad añorada del hombre de las cavernas (que ni tendría nombre oficial ni número de portal oficialmente establecido), pero con un poquito de mayor complejidad neuronal podrían preguntarse si no habrán contribuido a amparar otra desigualdad sempiterna entre el Estado y los individuos, al tiempo que facilitan la imaginación de la picaresca.

Denuncia de maltratadores y publicidad de sentencias judiciales

Para finalizar este mínimo y forzosamente selectivo recorrido por las inconsistencias y obstrucciones del ordenamiento jurídico español en materia de acceso a datos institucionales, considero casi de obligada mención el proceso desplegado en torno a la ley regional de Castilla-La Mancha sobre Prevención de Malos Tratos y Protección a Mujeres Maltratadas, que entra a su vez en flagrante conflicto con la propia Ley de Protección de Datos y la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus disposiciones de desarrollo en lo que afecta a las sentencias judiciales.

En mayo de 2001 las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaban la aludida ley autonómica, entre cuyas medidas de protección a las víctimas de malos tratos por sus cónyuges, compañeros o ex-compañeros sentimentales figura la publicación de las sentencias condenatorias firmes con la inclusión de los nombres de los condenados y la omisión en cambio de los de las víctimas. Asimismo, la publicación de las citadas sentencias sólo se hará con la autorización de las víctimas.

A primera vista o desde la perspectiva de quienes no estén familiarizados con el sistema jurídico español, el citado pronunciamiento legal sólo podría llamar la atención por su obviedad ¿acaso las sentencias judiciales en España no eran públicas en su integridad antes de esta norma? De hecho, la Constitución Española en su artículo 120.1 establece que “las actuaciones judiciales serán públicas” y el 120.3 añade que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”, si bien la primera de las afirmaciones acotadas añade un inquietante “con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento” (CE, ed. 1991:39).

¹⁵² El subrayado es mío, al no poder menos que denunciar el opresivo tono de verdad solemne que se trata de imponer sobre un asunto que, desde la defensa precisamente de valores democráticos, resulta más que discutible y nos permite a otros discrepar sobre cuál haya sido en este asunto el auténtico “error”.

Al desarrollar el principio constitucional, la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985), vigente hasta hace muy poco, fijaba en su artículo 232 que

“1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”.

Acto seguido el artículo 235 establecía que,

“los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley” ,

y el 266.1 reconocía que

“las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la secretaria del juzgado o tribunal y se permitirá a cualquier interesado¹⁵³ el acceso al texto de las mismas”.

Cuando diez años más tarde se promulga el Reglamento 5/1995 (Reglamento Número 5/1995) de los Aspectos Accesorios a las Actuaciones Judiciales, se reiteran los mismos principios y se aclara en su artículo 2 que

“tendrán carácter reservado las actuaciones judiciales que sean o hayan sido declaradas secretas de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales, así como aquellas otras cuya publicidad pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales”.

¹⁵³ El subrayado es mío. A pesar de que tal expresión parecía propiciar un acceso indiscriminado a las sentencias judiciales, el ordenamiento jurídico español por boca de su Tribunal Supremo tuvo pronto cuidado de disipar tal ilusión: Cuando en sentencia 95/1196 zanjó la petición de acceso de una empresa de tratamiento informático de datos que pretendía acceder a los pronunciamientos judiciales de una serie de Audiencias para su comercialización informática, con la interpretación de que la “expresión cualquier interesado” tenía sólo carácter de “mera enunciación reduplicativa”, del concepto ordinario de “interesado”. En consecuencia el TS concluía que el interés legítimo de acceso a la sentencia sólo era reconocible a las personas físicas o jurídicas con una conexión de carácter concreto con el proceso y siempre que “no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso”, añadiendo el propósito de salvaguardar en todo momento el derecho a la privacidad, e intimidad personal y familiar, el honor, etc. (nada por ninguna parte en cuanto a los derechos a la información, la igualdad o participación democrática de los ciudadanos en los asuntos públicos, etc.) (Cfr. EL DERECHO, 95/1196).

De esta última especificación se desprende un criterio doble: Por una parte, las únicas actuaciones judiciales que podrían tener carácter reservado son las declaradas expresamente de ese tenor conforme a las leyes procesales. Pero por otra, la simple alusión a la publicidad que pudiera afectar a derechos, principios y valores constitucionales, incorporaba la posibilidad de que se pudiera limitar la publicidad plena de las sentencias aduciendo los derechos de intimidad y privacidad de las personas mencionadas en las sentencias.

De hecho, esa es la práctica restrictiva o limitativa que se ha venido aplicando en cuanto a la disponibilidad pública de sentencias: Los textos de las sentencias completas son recibidos por las partes implicadas en los procesos –y esa es la vía por la que en muchos casos llegan luego a conocimiento de los medios de comunicación-, pero en el acceso posterior de terceros (tal y como sucede con la comercialización de bases de texto completo de sentencias), la única posibilidad establecida es su divulgación con la supresión o reducción a siglas de los nombres personales contenidos en las mismas; planteamiento que, como enseguida expondré, está en la raíz del conflicto provocado por la novedad legislativa del gobierno autonómico de Castilla-La Mancha en materia de maltratadores. Y así estaba el contexto de las regulaciones de orden superior cuando en 2001 fue aprobada la normativa aludida de Castilla-La Mancha.

Pero si ya de por sí estas especificaciones marcaban una dudosa posibilidad para que la publicación de las sentencias sobre los maltratadores manchegos pudiera circular sin restricciones, las más recientes reformulaciones de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (L.O. 19/2003) y su también refundido *Reglamento de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales* (Reglamento 1/2005), que implican la derogación de los textos hasta aquí comentados, establecen con mayor rotundidad el alejamiento de aquella enunciación constitucional genérica de que las sentencias sean públicas (en el sentido al menos que daría a la expresión el ciudadano corriente y probablemente también los ciudadanos corrientes o de formación cívico-jurídica de muchos otros Estados democráticos).

La nueva *Ley del Poder Judicial* (Ley Orgánica 2003), que sustituye a la desde este momento derogada de 1985, repite en su mayor parte la redacción de los viejos artículos relativos a la publicidad y acceso a las sentencias. Pero añade dos especificaciones importantes:

En su artículo 234.2 establece que “*las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrán derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados*”. Pero con el complemento de otro nuevo párrafo añadido al artículo 266: “*El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes*” (Ley Orgánica 19/2003: 46.038 y 46.039).

Y por si la prescripción restrictiva todavía alimentara dudas, el nuevo reglamento aprobado en 2005 –igualmente sustitutorio del establecido en 1995–, tras mantener las mismas o muy similares especificaciones sobre el acceso de los interesados a los libros, archivos y registros judiciales, repite el mismo párrafo anterior en su artículo 3.2., con ligeros retoques:

“No obstante, se podrá restringir el acceso al texto de las sentencias o a determinados extremos de las mismas, cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas dignos de especial tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, y, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes” (Reglamento 1/2005: 31.862).

Sin descender a comentarios más prolijos e incompatibles con la requerida síntesis de este capítulo, considero al menos oportuno señalar que esa idea de nuestros legisladores, según la cual hay que evitar mediante incomunicación que “las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes”, debería llevarnos en buena lógica a prohibir también la circulación de los automóviles –o solo permitirlos en manos de conductores de acreditada probidad–, ya que los miles de muertos y accidentados anuales dejan patente el verosímil uso contrario a las leyes de las citadas máquinas.

Pero centrándonos aún más en qué filosofía del derecho subyace en semejantes mentes, cabe preguntarse si en un estado democrático el bien de que todos los ciudadanos puedan conocer sin cortapisas los fallos judiciales para obrar en consecuencia y proteger sus correspondientes derechos colectivos e individuales, pueda ser postergado ante perjuicios particulares por concretar. La censura previa desde luego pretende los mismos efectos. Sólo que, salvo en circunstancias bien tasadas de inminencia delictiva, es patrimonio exclusivo de las dictaduras. Basta comparar asimismo el principio general de acceso informativo en materia de medio ambiente –afortunadamente impuesto desde la Unión Europea–, según el cual el ciudadano no tiene por qué justificar el motivo por el que solicita la información (la publicidad de tal información es un bien en sí mismo), con el retorno de nuestro Poder Judicial –especificado en el Reglamento citado–, a que el ciudadano explique para qué demonios quiere la información: Si al papá magistrado le parece correcto, le obsequiará con una porción ajustada de información, y si interpreta que el ciudadano podría albergar aviesas intenciones, le negará el regalito y puede que hasta le reprenda por ello. No cabe más rancio paternalismo en el ordenamiento jurídico de una sociedad supuestamente democrática.

Pero regresando al episodio de la Ley manchega sobre publicidad de sentencias de los maltratadores, su promulgación en mayo de 2001 no sólo suscitó una intensa polémica por supuesto medievalismo vesánico contra los condenados,¹⁵⁴ sino que se planteó

¹⁵⁴ Se arguía que el sujeto juzgado y condenado a una determinada pena, no puede ser condenado adicionalmente al castigo de la publicidad y pérdida de su intimidad, como cuando en los tiempos

también la posible inconstitucionalidad de la norma por invadir competencias del Estado sobre legislación procesal.¹⁵⁵ La publicidad de sentencias en Castilla-La Mancha se enfrentaba además al obstáculo de la comentada Ley de Protección de Datos y para sortearlo, una disposición adicional introducida a última hora en el texto (Salvador, 2001) establecía que:

“Los datos personales de todo tipo que figuren en el informe al que se refiere el artículo 11 de esta Ley no podrán ser incluidos en fichero, ni ser tratados ni cedidos, en los términos que para estos conceptos establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyos preceptos deberán ser siempre respetados en aplicación de esta Ley” (Ley 5/2001).

A pesar de lo cual, tanto el presidente de la Comunidad, José Bono, como otros representantes de su gobierno siguieron manifestando a través de los medios su firme compromiso, conforme a lo establecido en el apartado 1.1.d, de la citada ley autonómica, de emitir cada año un informe con la reproducción íntegra de las sentencias condenatorias en la referida materia, siempre que previamente se cuente con el consentimiento de las víctimas y suprimiendo en todo caso la identificación de éstas. Las posibles contradicciones entre esta normativa regional y el ordenamiento jurídico estatal seguían siendo patentes, pues además de lo comentado respecto a la regulación de la L.O. Del Poder Judicial, el artículo 7.5 de la de Protección de Datos prohíbe que los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas puedan figurar en ficheros distintos de los de las Administraciones Públicas, y el 11.1 añade que *“los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”*.¹⁵⁶

Cuando al año siguiente el gobierno de Castilla-La Mancha hizo público su primer informe con la inclusión del texto íntegro de 18 sentencias judiciales a maltratadores de la comunidad, el tema volvió a despertar la atención pública (Salvador, 2002) sin que los posibles recursos de inconstitucionalidad hubieran sido interpuestos en ningún momento.

medievales los castigados eran expuestos al escarnio público mediante ‘sambenitos’ y otras formas de oprobio popular.

¹⁵⁵ Algún vocal del Consejo General del Poder Judicial recordó que “la titularidad de las sentencias corresponde al Consejo, y no la puede ceder a una comunidad autónoma a ese efecto” (en Beatriz Jiménez y Belén Reyes, 2001. Cfr. también Isabel Salvador, 2001)

¹⁵⁶ De todo ello dejaba yo constancia en un artículo periodístico publicado en junio de 2001 (Dader, 2001), en el que también aludía a la contradicción sobrevenida de la buena aceptación que algunos colectivos estaban dando a la propuesta de divulgación pública de las sentencias contra maltratadores, cuando en cambio esos mismos colectivos u otros afines seguían considerando retrógrado y violación inaceptable de la intimidad la divulgación de otros actos delictivos, como los de los profesionales de la medicina condenados por mala práctica profesional.

Lo anterior motivó que la Agencia de Protección de Datos realizara una inspección en la Consejería de Bienestar Social del gobierno autonómico declarando a continuación en acta oficial que no habían hallado ningún fichero personal ni automatizado sobre los maltratadores, por lo que las diligencias abiertas quedaban cerradas sin consecuencias (cfr. El Mundo (2002): “La Agencia de Protección de Datos no halla ficheros de agresores en Castilla-La Mancha”, El Mundo, 11 de junio).

La perplejidad que tal baile de afirmaciones tenía que producir a cualquier ciudadano que hubiera seguido el proceso (según unas fuentes había un informe con sentencias íntegras, según otras no existían ficheros o listados de ningún tipo) suscitó en este investigador el interés por dilucidar tal contradicción aparente. Con ese motivo dirigí un mensaje electrónico a la Dirección General de la Mujer de la Consejería de Bienestar Social del Gobierno de Castilla-La Mancha preguntando por la existencia o no del informe mencionado en los medios de comunicación. A las pocas horas recibí una respuesta electrónica en la que escuetamente me decían que “el informe por el que usted pregunta podemos enviárselo a la dirección postal que usted nos indique”. Así lo hice y a los pocos días recibí por correo postal un documento titulado “Informe de la ley de prevención de malos tratos y protección a mujeres maltratadas. 15 de mayo” encuadernado en tamaño folio y cubierta plastificada en la que aparece el escudo y el nombre de “Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha”, pero sin incluir en su interior ningún pie de imprenta, mención de editorial o depósito legal de ningún tipo. Eso sí, dentro se contienen, junto con una serie de desgloses estadísticos del fenómeno de los malos tratos en la Comunidad, las aludidas 18 sentencias autorizadas para su divulgación por las respectivas víctimas, y donde aparecen los nombres completos de los maltratadores condenados.

En años posteriores he vuelto a solicitar el informe anual y de nuevo lo he obtenido por el mismo procedimiento. No obstante, la habilidad de la citada Consejería para bordear el estrecho pasadizo constituido para la publicidad de estas sentencias se ha sofisticado aún más: En la edición ya de 2003, relativa a la Memoria de 2002, el informe general viene en un tomo con sus pie de imprenta y depósito legal correspondientes, mientras que la reproducción de las sentencias firmes aparecen en un tomo aparte, titulado “Separata” y con el resto de cubierta y logotipo idéntico al del informe, pero una vez más desprovisto de cualquier pie de imprenta o depósito legal que pudiera avalar la autoría editora.

Semejantes virguerías de trileros parecen ser necesarias en España para conseguir algo que debieran resultar de sentido común en los Estados democráticos: que las sentencias públicas de los tribunales ordinarios puedan llegar a manos del público. Ya se ve también que en semejantes andanzas hayan de implicarse unas Administraciones del Estado frente a otras.

Reflexiones finales: La fascinación periodística española por el mito del Gran Hermano y la miopía general ante la debilidad ciudadana frente al abuso institucional

El conjunto de obstáculos, incoherencias y ambigüedades que el acceso a la información pública soporta en España hubiera sido sin duda imposible de haber existido un nutrido y activo grupo de periodistas, intelectuales mediáticos y organizaciones cívicas empeñadas en poner de manifiesto las consecuencias perversas para los derechos democráticos del exceso hiperproteccionista de superioridad legal de la intimidad o privacidad individual. Como también reclamaron los citados Alberch y Cruz (1999:135) “la privacidad no puede ser admitida como excusa para denegar indiscriminadamente el acceso a la información y el avance de la investigación científica, y mucho menos como careta tras la que las personas públicas se ocultan al control democrático”.

Buena parte de nuestros periodistas e intelectuales se han dejado arrastrar por un sendero supuestamente progresista y más que nada ‘políticamente correcto’, según el cual, el derecho de la sociedad en su conjunto a saber y acceder sin trabas a ciertos datos de interés general no podría nunca equipararse al individualizado interés de sustraerse a cualquier control social de los conciudadanos, por leve que éste sea. Quienes dicen temer el control del Gran Hermano prefieren de hecho, en cambio, un sistema tutelado exclusivamente por la Administración del Estado, que podrá mantener el conocimiento y control de todas nuestras huellas administrativas y que podrá administrarlas a su arbitrio, sin que a su vez exista ninguna inspección ciudadana sobre los administradores, bajo el supuesto idílico de que éstos sólo pueden ser ecuanímes y benéficos.

Ese Estado tan celoso de ocultar nuestros propios datos para nuestro propio bien puede en realidad reimplantar la impunidad o amparar la simple desidia e incompetencia como se hacía rutinariamente en los tiempos anteriores a la Era de las Luces. Pero a diferencia de entonces, en que muchos súbditos recelaban cuanto podían del acercamiento a sus vidas y haciendas de las autoridades recaudatorias o policiales, ahora en cambio, esa misma opresión del silencio administrativo parece instalarse con el beneplácito de las propias víctimas, mucho más asustadizas por el simple hecho de que un convecino pudiera saber si es cierto o no que alguien obtuvo realmente las calificaciones académicas que pregonaba o está al corriente o no del pago de ciertas multas. Pero que, en cambio, asiste impávido a la ausencia de fiscalización de los gastos e ingresos de los partidos políticos, las concesiones irregulares de subvenciones públicas y tantos otros comportamientos de aprovechamiento privado y elitista de los bienes públicos.

Hace poco el diario El País publicaba una información (Morán, 2007) sobre la aplicación de la recién estrenada Ley de Dependencia en la que se mencionaba que 100.315 personas estaban ya recibiendo las ayudas en toda España, pero que el Gobierno se negaba a facilitar los datos desglosados por Comunidades, “por lealtad institucional” a las comunidades autónomas, que en su práctica totalidad tampoco transferían esos datos al gobierno central. El portavoz del mismo se limitaba a añadir que la información se hará

pública “en algún momento” pero con la –esa sí-, tanta intimidad protegida de tantos funcionarios, tal vez dentro de algunos años los ciudadanos de este país lleguen a enterarse por casualidad de que algunas partidas de los 220 millones de euros ya liberados por el Estado para estas actuaciones fueron a parar a comprar moquetas o decorar despachos.

En una noticia complementaria de la anterior, otra periodista (Ortega Dolz: 2007) comenta que en el caso de la Comunidad de Madrid, la Consejería de Asuntos Sociales ha contratado a 60 personas para realizar los trámites de la *Ley de Dependencia*, pero ni la Consejería ha elevado ningún informe de sus actuaciones al Ministerio ni permite contactar con ninguno de los 60 empleados del Departamento ni tampoco da a conocer siquiera cuál es la sede física donde se encuentran. Al parecer la intimidad está dando cobertura también a los muros de los edificios.

Referencias

ALBERCH, Ramón / CRUZ MUNDET, José Ramón (1999): *Archívese. Los documentos y el Poder. El poder de los documentos*. Madrid. Alianza.

BANISAR, David (2006): *Freedom of Information and Access to Government Records around the World 2006. A Global Survey of Access to Government Information Laws*. Privacy International.

<http://www.privacyinternational.org/foi/foisurvey2006.pdf>

CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (ed. 1991): “Constitución Española de 27 de diciembre de 1978”, en Teodoro GONZÁLEZ BALLESTEROS et al. (eds.), *Legislación Informativa. Código General*. Madrid. Colex.

CROGNALI, Damiano (2002): “Comparación entre legislación que regula el acceso a datos en España e Italia”. *Trabajo monográfico no publicado*. Madrid. Fac. CC. Información. Universidad Complutense.

CUÉ, Carlos E. (2002): “El Congreso aprueba modificar la Ley de Protección de Datos”, *El País*, 30 de octubre.

DADER, José Luis (2001): “La venta en los datos (no sólo de malos tratos)”, *El Mundo*, 14 de junio, pp. 4-5.

DE ESTEBAN, Jorge (1997): “Publicidad u opacidad del Estado”, *El Mundo*, 14 de abril, pp. 4-5.

DENIS, Vincent / MILLIOT, Vincent (2004): “Police et identification dans la France des Lumières”, *Genèses*, nº 54: 4-27.

DIRECTIVA EUROPEA 95/46/CE (1995): *Relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos*. Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 24 de octubre de 1995.

[https://www.agpd.es/upload/B.4\)%20Directiva%2095-46-CE.pdf](https://www.agpd.es/upload/B.4)%20Directiva%2095-46-CE.pdf)

EL DERECHO (1995): 95/1196 TS 3ª Secc. 1ª 3-3-1995, rec. 1218/91.

- FARVACQUE-VITKOVIC, Catherine et al (2005): Epígrafe "Una mirada hacia el pasado y las experiencias internacionales", en Ibid. *Nomenclatura y gestión urbana*. Washington, D.C. Banco Mundial.
- FOIA: THE FREEDOM OF INFORMATION ACT (ed. 1996): "5 U.S.C. § 552, As Amended By Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048". *FOIA Update* Vol. XVII, No. 4, http://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_XVII_4/page2.htm.
- JIMÉNEZ, Beatriz / REYES, Belén (2001): "Castilla-La Mancha aprueba publicar los nombres de los maltratadores", *El Mundo*, 18 de mayo.
- HUNT, Gaillard (ed.) (1900-10): *The Writings of James Madison*. 9 vols. New York. G. P. Putnam's Sons.
- LEY 38/1995 (1995): Sobre *El Derecho de Acceso a la Información en Materia de Medio Ambiente*. BOE, Nº 297, 13 de diciembre, pp. 35.708-35.710.
- LEY 55/1999 (1999): De *Medidas fiscales, administrativas y del orden social*. BOE, nº 312, 30 de diciembre, pp. 46.095-46.149.
- LEY 5/2001 (2001): De *Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas*, Cortes de Castilla-La Mancha. BOE, nº 148, de 21 de junio, pp. 22.038-22.041.
- LEY 27/2006 (2006): Por la que se regulan los *Derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente*, BOE, nº 171, de 19 de julio, pp. 27.109-27.123.
- LEY ORGÁNICA 6/1985 (1985): *Del Poder Judicial*. BOE, nº 157, de 2 de julio, pp. 23.632-23.678.
- LEY ORGÁNICA 19/2003 (2003): *Del Poder Judicial*. BOE, nº 309, de 26 de diciembre, pp.46.025-46.096.
- LEY ORGÁNICA 15/1999 (1999): De *Protección de Datos de Carácter Personal*. BOE, nº 298, de 14 de diciembre, pp. 43.088-43.099.
- MESEGUER, Joaquín (2000): *El derecho de acceso a los documentos administrativos y su tutela*. Barcelona. Bosch.
- MORAN, Carmen (2007): "La Ley de Dependencia se atasca entre el Gobierno y las autonomías", *El País*, 26 de octubre, p. 38.
- ORTEGA DOLZ, Patricia (2007): "Papeles parados en Madrid y Murcia", *El País*, 26 de octubre, p. 38.
- PRONTEAU, Jeanne (1966): *Les numérotages de maisons de Paris du XVeme siecle à nos jours*. Paris. Ville de Paris.
- REGLAMENTO 1/2005 (2005): De los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. BOE, nº 231, de 27 de septiembre, pp. 31.859-31.886.
- REGLAMENTO NÚMERO 5/1985 (1985): De los Aspectos Accesorios a las Actuaciones Judiciales. BOE, nº 166, de 13 de julio.

SALVADOR, Isabel (2001): “Las Cortes de Castilla-La Mancha aprueban la ley contra el maltrato”, 18 de mayo.

SALVADOR, Isabel (2002): “El gobierno de José Bono difunde por primera vez 18 condenas de maltratadores”, *El País*, 23 de mayo de 2002.

SPEIER, Hans (ed. 1972): “El desarrollo histórico de la opinión pública” (v.o. 1950), en Steinber/Bluem (eds.) *Medios de masas y comunicación*. Méjico. Roble.

ULLMAN, John / COLBERT, Jan (ed. 1991): *The Reporter's Handbook. An Investigator's Guide to Documents and Techniques*. 2ª ed. New York. St. Martin Press.

WHITAKER, Reg (ed. 1999): *El fin de la privacidad. Cómo la vigilancia total se está convirtiendo en realidad* (v.o. 1999). Barcelona. Paidós.

Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública

*Dr. Severiano Fernández Ramos
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz.*

El derecho de acceso a la información pública como derecho ciudadano es siempre un derecho de creación legal

La experiencia comparada acredita ampliamente que el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, como dimensión subjetiva del principio de transparencia de la actuación administrativa o Administración abierta, debe ser obra expresa del legislador. Esto es así pues tal derecho ciudadano constituye una verdadera ruptura con el modelo administrativo heredado, razón por la que no es posible que se alcance mediante una evolución interna del sistema, por ejemplo, mediante una creación o evolución jurisprudencial. En efecto, la Administración tradicional que hemos heredado, de corte burocrático, se ha caracterizado, no tanto por la imposición de una regla general de secreto, como por la amplia discrecionalidad de que ha gozado para decidir -en cada caso- acerca de la comunicación de los documentos administrativos, y que se sustentó, de un lado, en la ausencia de una regla de comportamiento general y objetiva y, de otro lado, en el deber estatutario de discreción o sigilo de los empleados públicos, reforzado por una arraigada “cultura del secreto” como instrumento de poder o dominación¹⁵⁷.

Debido a este significado radicalmente rupturista que presenta el reconocimiento de este derecho democrático, pues cabalmente supone invertir las reglas de comunicación de la información, su ordenación expresa mediante Ley en un presupuesto insoslayable.

Ley que debe garantizar un contenido mínimo, de modo que el Reglamento desempeñe un papel estrictamente secundario

Es evidente también que la norma que pretenda implantar en un ordenamiento nacional un derecho de acceso a la información debe ser una norma con rango formal de Ley, y ello por varias y relevantes razones. Primero, porque desde la perspectiva de los ciudadanos, tal norma disciplina un derecho definitorio de las relaciones entre los

¹⁵⁷ Como demostrara Max Weber en su obra *Economía y Sociedad*, el “saber del servicio” de los burócratas constituye, en cuanto saber secreto, un verdadero escudo contra el control, pues como es evidente la posibilidad de controlar a la Administración tiene como condición previa la ruptura del secreto. De este modo, la Administración burocrática es por tendencia natural una Administración opaca. Sobre los fundamentos democráticos del derecho de acceso a la información pública, vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

ciudadanos y las Administraciones Públicas, un derecho subjetivo que podrá, además, tener la naturaleza de derecho fundamental o constitucional. Segundo, porque, desde la perspectiva de la Administración, el derecho de acceso a la información constituye una pieza fundamental para la plasmación del principio de transparencia administrativa, llamado a constituir –junto a los principios de legalidad y eficacia- uno de los tres ejes del sistema administrativo. Finalmente, parece lógico que un derecho democrático como es el derecho de acceso sea ordenado mediante la norma dotada de mayor legitimación democrática¹⁵⁸.

Pero no sólo es incuestionable la necesidad de que sea precisamente por Ley la ordenación del derecho de acceso, sino que, además, es conveniente que la Ley no se limite a ordenar las líneas maestras o las reglas básicas del sistema, remitiéndose en el resto a la potestad reglamentaria. Y, a este respecto, estimamos aleccionadora la experiencia del legislador italiano, al establecer un complejo sistema de reenvíos en cascada que arrojó durante la primera década de aplicación de la Ley importantes sobras sobre la efectividad del derecho¹⁵⁹.

Ciertamente hay ciertos aspectos que deberán ser regulados por el Reglamento, pero deberían ser los imprescindibles o indispensables, tales como los referentes a la distribución orgánica de la competencia para instruir y decidir las solicitudes de acceso, la ordenación, en su caso, de oficinas de información, o la organización y funcionamiento de instituciones específicas para velar por la aplicación de la Ley.

¹⁵⁸ Además, en el caso específico del ordenamiento español, debe añadirse el principio de preferencia de Ley, acuñado por el Tribunal Constitucional en relación con la legislación básica estatal -SSTC 248/1988 y 147/1991, entre otras muchas-.

¹⁵⁹ La Ley 241-1990 de 7 de agosto de 1990, relativa a "Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos" -art. 24.4- estableció un complejo sistema de reenvíos en "cascada" en dos niveles reglamentarios. En primer lugar, la Ley -art. 24.2- autorizó al Gobierno para que dictara uno o más decretos que regulasen las modalidades de ejercicio del derecho de acceso y los casos de exclusión del ejercicio del mismo, lo cual tuvo lugar mediante Decreto de P.R. de 27 de junio de 1992 n. 352, por el que se aprobó el "Reglamento para la disciplina de las modalidades de ejercicio y de los casos de exclusión del derecho de acceso a los documentos administrativos". Pero, además, en segundo lugar, la Ley 241-1990 -art. 24.4- dispuso la obligación de cada una de las Administraciones Públicas de concretar, mediante uno o más Reglamentos, las categorías de documentos que se hallen sustraídos del acceso. dispuso la obligación de cada una de las Administraciones Públicas de concretar, mediante uno o más Reglamentos, las categorías de documentos que se hallen sustraídos del acceso. Y durante varios años la jurisprudencia vaciló acerca de si el dispositivo legal era o no plenamente operativo hasta que tuviese lugar la emanación de dichas normas. Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, "La experiencia europea en materia de transparencia administrativa y acceso a la información", en *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, Concha Cantú, López-Ayllón, Tacher Epelstein (Coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, pp. 261 y ss.

Pero la Ley no es suficiente para implantar el derecho de acceso

Ahora bien, debe subrayarse que la aprobación de una Ley de Acceso a la Información, por muy bien intencionada y progresiva que sea, no es en sí misma suficiente para generar la inversión en las prácticas y usos administrativos que requiere el derecho de acceso a la información, sino que la Ley debe concebirse como un instrumento -desde luego imprescindible- de implementación de una verdadera política pública de transparencia, que comprenderá otras medidas complementarias y, sobre todo, una auténtica voluntad política de impulso del principio de transparencia. Confiar en el efecto taumatúrgico del *Boletín Oficial* supone bien una ingenuidad indisculpable o, simplemente, un acto de cinismo.

El derecho de acceso a la información pública es un derecho extraordinariamente frágil, pues existen mil y una formas de vulnerarlo, empezando el simple y escueto silencio frente a las peticiones de comunicación. Debe, así, subrayarse que el derecho de acceso precisa de un especial cuidado o esmero para garantizar su efectividad¹⁶⁰. Y a tal efecto, la experiencia comparada ha demostrado el papel esencial en los dispositivos o sistemas de transparencia que están desempeñando las instituciones administrativas encargadas de velar por la aplicación del derecho, tal como se refiere más adelante.

En todo caso, es evidente que la implantación de una política pública de transparencia debe empezar por el propio proceso de elaboración de la Ley, que deberá ser lo más público y participativo posible. Asimismo, debería tenerse presente que la implementación de una política de transparencia, como cualquier otra política pública, tiene coste económico -estructuras administrativas, recursos humanos y materiales, formación del personal, difusión de la información...-, que debe preverse y asumirse para evitar que la aplicación de la Ley se dé de bruces con una realidad inadecuada, cuando no hostil¹⁶¹.

El Estado español es competente (y responsable) para aprobar una Ley de acceso a la Información

El título competencial del Estado relativo a las “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas” –art. 149.1.18 CE- legitima, sin duda, al Estado para llevar a cabo una ordenación básica del derecho de acceso a la información pública, puesto que este derecho –dimensión subjetiva- como el principio de transparencia que plasma –dimensión objetiva- constituyen en la actualidad una garantía definitoria de las relaciones entre las Administraciones y los ciudadanos. Y esta ordenación básica estatal debería cubrir unos

¹⁶⁰ Así, L. A. POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, p. 442.

¹⁶¹ En este sentido es muy interesante la experiencia del Gobierno Federal Mexicano, con la puesta en marcha de una Consulta Nacional sobre transparencia y acceso a la información gubernamental: www.ltg.org.mx

estándares mínimos que garantizaran de forma efectiva una posición común a los ciudadanos en el ejercicio de este derecho democrático. Ello significa, al menos, delimitar los sujetos titulares del derecho y las condiciones de ejercicio del mismo, los sujetos pasivos del derecho, su objeto y los límites generales. Pero también deberían incluirse las determinaciones principales del procedimiento para el ejercicio del derecho, así como una ordenación básica de las garantías administrativas del derecho, y otros aspectos complementarios relacionados con el deber estatutario de reserva o sigilo de los empleados públicos.

Por todo ello debe significarse que la parca regulación contenida en el artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre de 1992 no satisface en modo alguno esos estándares mínimos requeridos para garantizar una posición sustancialmente igual a los ciudadanos en el ejercicio del derecho. Además, la Ley 30/1992 contiene una cláusula cláusula general en virtud de la cual se regirán por sus disposiciones específicas el acceso a los registros administrativos -especiales- de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley. De este modo, la regulación del derecho de acceso contenida en la Ley 30/1992 en lugar de constituir –como se ha defendido- una Ley básica de mínimos, parece configurarse como una simple Ley general, que puede ser desvirtuada por cualquier norma sectorial en virtud del principio según el cual la Ley especial desplaza a la Ley general¹⁶².

El resultado no es otro que relegar la ordenación contenida en la Ley 30/1992 a una mera norma de referencia general. Así, puede observarse ya un cierto vaciamiento de la Ley a través de simples disposiciones reglamentarias que ordenan, de un modo singular, diversos archivos de la Administración General del Estado¹⁶³.

Pero, sobre todo, esta concepción minimalista del papel que corresponde en la ordenación del derecho de acceso a la regulación contenida en la Ley 30/1992, como mera norma general, está dando lugar a pronunciamientos jurisprudenciales paradójicos. Así, p. ej., en relación con el acceso por parte de los miembros electos de los Ayuntamientos a la documentación municipal, debido a la circunstancia de que la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local no contempla expresamente el derecho a obtener fotocopias de la documentación –art. 77-, el Tribunal Supremo ha rechazado aplicar a estos casos la Ley 30/1992, debido a sus remisión a la legislación específica. El

¹⁶² Vid. A. EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid, 1994, p. 93 quien ya señaló que en el futuro la Ley 30/1992 podrá constituir meramente una norma de referencia general más que de aplicación generalizada.

¹⁶³ Véase la Orden del Ministerio de Interior de 21 de diciembre de 2000, por la que se crea la Comisión Calificadora de documentos administrativos del Ministerio y se regula el acceso a los archivos de él dependientes, o la Orden JUS/2546/2004, de 26 de julio, por la que se regula el acceso al Archivo General del Ministerio de Justicia.

resultado no puede ser más contradictorio, pues supone negar a los representantes electos de los ciudadanos el derecho que se reconoce en la Ley general a éstos¹⁶⁴.

Pero también son competentes (y responsables) las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, si la competencia estatal se sustenta en el art. 149.1.18º CE, ello implica reconocer también que la competencia estatal no es plena, sino compartida con las Comunidades Autónomas a las que corresponde una competencia de desarrollo legislativo, principalmente de adaptación de la ordenación estatal a las especialidades de su organización propia.

De este modo, la regulación autonómica no debería suponer un aumento de los límites y restricciones al derecho de acceso, tanto sustantivos -en el sentido de no sólo de materias excluidas, sino también de sujetos activos y pasivos del derecho- como adjetivos -en el sentido de agravamiento de los requisitos y trámites procedimentales-, puesto que la regulación básica estatal del derecho de acceso constituye -como se ha dicho- el régimen mínimo de garantía del mismo. Por esta razón, el ámbito propio para la regulación autonómica debe entenderse que se encuentra, sobre todo, en la mayor o menor flexibilización de restricciones que tienen su fundamento en la tutela del principio de eficacia de la Administración, como puedan ser la flexibilización del requisito de identificación de los documentos objeto del derecho, o la fijación de un plazo más breve para la resolución de las peticiones, así como en los aspectos organizativos y de garantías adicionales para el ejercicio del derecho¹⁶⁵.

Ni que decir tiene que las Comunidades Autónomas están perfectamente legitimadas para adelantarse en esta ordenación al legislador estatal, y que sus determinaciones podrán extenderse no sólo a la Administración autonómica respectiva sino también a las Entidades Locales de su territorio. Con todo, hasta la fecha, las Comunidades Autónomas, salvo alguna excepción, no han manifestado excesivo interés por ir más allá de la escueta y escasamente comprometida regulación contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Sobre esta paradoja, vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Los concejales y el acceso a la información local*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 144 y ss.

¹⁶⁵ En este sentido, J.Mª. CASTELLA ANDREU, *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*, Cedecs, Barcelona, 2001, p. 313.

¹⁶⁶ La excepción más notable es la Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, en cuya exposición de motivos se declara que resulta necesario fortalecer el derecho subjetivo de acceso a la información y fomentar la creación de servicios de información administrativa que aprovechen el desarrollo de las nuevas tecnologías como canales de transmisión y difusión. Sin embargo, a la hora de ordenar el “derecho de las personas a la información” -art. 4-, como derecho diferenciado del “derecho a la información

Y no debe olvidarse la capacidad normativa de las Entidades Locales.

Asimismo, es también conveniente que la Ley encomiende a las Entidades Locales, y muy señaladamente a los Municipios, la aprobación de reglamentos o estatutos específicos en los que se discipline de un modo adaptado a las estructuras y circunstancias de cada entidad las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a la información. Ni que decir tiene que tales disposiciones locales ni pueden desvirtuar los contenidos de la Ley ni, desde luego, suspenden su aplicación hasta tanto sean aprobadas¹⁶⁷.

A este respecto, es insuficiente el mandato genérico contenido en la Ley 57/2003 de reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), según el los Ayuntamientos deben establecer y regular “en normas de carácter orgánico” procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local -art. 70 bis-¹⁶⁸. Lo que sí es un acierto es la expresa calificación de estas normas locales (los típicos Reglamentos de Participación Ciudadana) como “normas orgánicas”, es decir, como materia reservada al Reglamento Orgánico, con la consecuencia conocida de que deben ser aprobadas por el Pleno mediante mayoría absoluta -art. 47.3 LRBRL-¹⁶⁹.

adicional a las personas interesadas en el procedimiento” –art. 5-, la Ley se remite al acceso a los archivos y registros “a que se refiere el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y se limita a añadir disposiciones organizativas y remisiones al ámbito reglamentario.

¹⁶⁷ Así, en Italia, superando dudas iniciales, finalmente ha prevalecido el criterio según el cual en caso de falta de ejercicio de la potestad reglamentaria, todos los documentos son accesibles, salvo en los casos previstos en Leyes diversas a la Ley 241-90. CADA, Direttiva de 23 de abril de 2001, n. 3877, “Enti locali. Regolamenti di attuazione dell’art. 24, comma 4, della legge 27 agosto 1990, n. 241”.

¹⁶⁸ Según una “Encuesta sobre la participación ciudadana en los Ayuntamientos” remitida por la FEMP en junio del 2001 a los Municipios de más de 5.000 habitantes, la mayoría de los Ayuntamientos de más de 5.000 habitantes (58%) no dispone de ninguna regulación de la participación, ni a través del reglamento orgánico ni por una normativa reglamentaria específica. Un 9% de las Corporaciones incorpora únicamente alguna disposición en el reglamento orgánico; un 16% no tiene previsiones orgánicas pero ha aprobado un reglamento de participación ciudadana, mientras que un 17% ha regulado ambos niveles de participación. Como es legítimo pensar, la situación es peor en los Municipios de menos de 5.000 habitantes, que son justamente la mayoría de los municipios españoles. FEMP, “Encuesta sobre la participación ciudadana en los Ayuntamientos”, Departamento de Estudios, junio de 2002.

¹⁶⁹ Como he defendido en otro lugar, debe entenderse que es materia reservada al Reglamento Orgánico la ordenación de las instituciones y cauces de ejercicio del poder público local, tanto de sus instituciones representativas como de participación directa en el Gobierno local. Vid. S.

Pero no sirve la Ley de Procedimiento Administrativo sino que ha de tratarse de una Ley especial.

Es, desde luego, de máxima importancia para la efectividad de la Ley de acceso a la información su plena integración en el ordenamiento, con objeto de que las autoridades y agentes públicos llamados a cumplirla no la perciban como un elemento anómalo o excepcional en el sistema administrativo, sino como una pieza más del mismo, plenamente normalizada. Y también es innegable que la inclusión de la ordenación del derecho en la propia Ley general del Procedimiento Administrativo satisface plenamente dicha integración.

Ahora bien, este modelo no está exento de serios inconvenientes. De entrada, debe resaltarse que lo verdaderamente característico del derecho general de acceso a los documentos administrativos estriba en consistir en un derecho ejercitable al margen de un procedimiento, es decir, de la legitimación derivada de la existencia de un interés legítimo en un procedimiento administrativo concreto. No se trata, por tanto, de una garantía o institución procedimental, sin perjuicio de que naturalmente su ejercicio está sujeto a un específico procedimiento¹⁷⁰.

Y, por esta razón, la Ley de Acceso a la Información puede -y debe- tener un ámbito de aplicación parcialmente diverso –más amplio- al de las Leyes de Procedimiento Administrativo, puesto que ambas leyes responden a lógicas diversas: la de la Ley de Procedimiento es someter a unas garantías legales la actuación de las Administraciones en ejercicio de poder público, mientras que la Ley de Acceso a la Información es plasmar un principio horizontal de transparencia.

En efecto, si bien por motivos de seguridad jurídica la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo viene determinada por una noción de Administración pública eminentemente formalista, ceñir el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información a esta noción constituiría una limitación intolerable, pues la noción de documento público no está en absoluto condicionada por el régimen jurídico, público o privado, en el curso del cual se generó o recibió el documento en cuestión. Además, de poco habría servido someter a todas las Administraciones públicas al derecho de acceso, si

FERNÁNDEZ RAMOS, *La información y participación ciudadana en la Administración Local*, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pp. 48 y ss.

¹⁷⁰ Así, en Portugal, se diferencia perfectamente entre el acceso a los expedientes administrativos, específicamente por parte de aquellos que tengan la condición de interesados en los mismos, ordenado en la legislación sobre procedimiento administrativo (arts. 61 a 64 del Código de Procedimiento Administrativo, aprobado por Decreto-Ley nº 442/91, de 15 de noviembre), y el acceso por parte de los ciudadanos, al margen de un procedimiento administrativo, regulado por la Ley nº 65/1993, de 26 de agosto, de acceso a los documentos de la Administración. Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, “La transparencia administrativa en Portugal”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, pp. 431 y ss.

las propias Administraciones, a través de la potestad de autoorganización, pueden crear entidades instrumentales al margen de dicho estatuto jurídico; es decir, si la propia Administración es libre para decidir si es o no, en parte, Administración Pública.

Por esta razón, para garantizar la efectividad del derecho de acceso a la información sería conveniente, al menos a estos limitados efectos, complementar la noción meramente formal de Administración Pública, como entidad con personalidad jurídico-pública, con un elemento funcional, que comprendiese también a aquellas otras organizaciones, que sin revestir forma de entidad pública, sin embargo, desde un punto de vista sustantivo pueden y deben considerarse como “entidades equivalentes a personas jurídicas de Derecho Público” –utilizando la terminología de la jurisprudencia de la Unión Europea a efectos de su sujeción a las normas de contratación pública-, por haber sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y por estar financiadas mayoritariamente por Administraciones Públicas, o sus órganos de gobierno estén compuestos mayoritariamente por miembros nombrados por las Entidades de Derecho Público, o bien su gestión se halle sometida al control de éstas últimas¹⁷¹. En todo caso, para mayor seguridad jurídica, la Ley podría obligar al Gobierno a aprobar una relación de entidades incluidas en esta noción, relación que deberá actualizar anualmente, y ello sin perjuicio de la competencia de los tribunales para interpretar la Ley.

Y este es precisamente el camino emprendido por la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, y que –como es obligado- ha seguido la Ley de transposición¹⁷².

Una Ley de Acceso a la Información coordinada con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

En los países de nuestro entorno es común la existencia de una Ley de Protección de la Intimidad o Privacidad, en particular frente a tratamientos informatizados de los datos

¹⁷¹ Vid. J. A. MORENO MOLINA, “El Derecho Comunitario como impulsor de la formación de un Derecho Administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, pp. 21 y ss.

¹⁷² La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, establece que tendrán la condición de autoridad pública, a los solos efectos de lo previsto en los Títulos I y II de esta Ley, las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior – art. 2.2-. Vid. I. LAZCANO BROTONS, “El derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente en la Directiva 2003/4/CE”, en *Estudios de Derecho Ambiental europeo*, Lete, Pamplona, 2005, pp. 105 y ss.

personales, y que es preciso armonizar con la Ley de Acceso a la Información¹⁷³. El ámbito de estas Leyes es más amplio, pues alcanza no sólo a documentos de titularidad pública sino también a informaciones en poder del sector privado. Ahora bien, estas Leyes de Protección de la Privacidad inciden sobre la Ley de Acceso a la Información de una doble forma. De un lado, delimitan una amplia serie de informaciones como concernientes a la privacidad, y que, por tanto, no deben ser accesibles a terceros sin el consentimiento de su titular. Y, de otro lado, estas Leyes delimitan un derecho de acceso a dichas informaciones por parte del propio afectado. Esta doble incidencia exige una coordinación entre ambos textos legales. La segunda incidencia es la que presenta más fácil armonización, pues en general se entiende que el interesado puede elegir entre ejercer el derecho de acceso previsto en la Ley de Acceso a la Información o en la Ley de Protección de la Privacidad. Más dificultoso está siendo en la práctica el empleo de la Ley de Protección de la Privacidad como límite el ejercicio del derecho de acceso a la información pública¹⁷⁴.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, se observa un fuerte desequilibrio entre las débil vinculación del principio de transparencia de la actuación pública, huérfano de una verdadera Ley de Acceso a la Información Pública, frente a un cada vez más enérgico sistema de protección de los datos personales, implantado primero por la LORTAD, y en la actualidad por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Sobre todo si se repara en la amplísima noción de “datos de carácter personal” definida en el art. 3.a) LOPDP -que alcanza a “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”-. Con la consecuencia de que los datos que se consideren de “carácter personal” únicamente podrán ser objeto de comunicación a un tercero (expresión más correcta que la de “cesión” que empleaba la

¹⁷³ Así sucede en EE. UU. entre la F.O.I.A. y la Privacy Act.; en Francia entre la Ley de 78-753 de 17 de julio, de libertad de acceso a los documentos administrativos, y la Ley de 6 de enero de 1978 sobre la informática, los ficheros y las libertades. Posteriormente, la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos, generalizó este tipo de normas a todos los Estados miembros de la Unión Europea, como es el caso de la Ley italiana n. 675, de 31 de diciembre de 1996, de tutela de las personas en relación con el tratamiento de los datos personales, o de la Ley portuguesa 67/1998, de 26 de octubre, de Protección de Datos Personales.

¹⁷⁴ Así, en Portugal se manifiestan importantes discrepancias de criterios entre la Comisión Nacional de Protección de Datos, creada por la Ley 67/1998, de 26 de octubre, de Protección de Datos Personales, y la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos, creada por la Ley n.º 65/1993, de 26 de agosto, de acceso a los documentos de la Administración. Y problemas similares se producen en otros países.

LORTAD) en los casos contemplados en el art. 11 de la LOPDP, que parte, en principio, del previo consentimiento del interesado¹⁷⁵.

La solución a estos problemas de armonización de texto legales de finalidades opuestas únicamente puede venir de la consideración de la Ley de Acceso a la Información Pública como Ley especial frente a la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, en el sentido de que si el documento al que se pretende acceder tienen la condición de público, en el sentido de la Ley de Acceso a la Información Pública, deberá aplicarse ésta norma, salvo que quien pretenda acceder sea el mismo titular de las informaciones, el cual podrá optar –como se ha señalado- por uno u otro texto legal¹⁷⁶.

...Y coordinada también con la legislación sobre archivos públicos.

Es también muy conveniente que la Ley de Acceso a la Información se complemente adecuadamente con la legislación de archivos. En efecto, aunque el derecho de acceso como tal constituye un dispositivo con identidad propia en sí mismo, presenta dos líneas de confluencia con la legislación sobre archivos que conviene diferenciar adecuadamente¹⁷⁷.

¹⁷⁵ El propio Defensor del Pueblo Europeo ha expresado su preocupación por el mal uso que se está haciendo de algunas reglas para la protección de datos para socavar el principio de transparencia en las actividades públicas y el derecho de acceso público a documentos. El documento "El mal uso de las normas para la protección de datos en la Unión Europea" pueden consultarse en la página en internet del Defensor del Pueblo, en la dirección siguiente: <http://www.ombudsman.europa.eu/letters/es/default.htm> Pero, además, en España, se da la circunstancia de que esta concepción ultra protectora de vida privada está siendo impulsada y garantizada por específicas instituciones (la Agencia Estatal de Protección de Datos y organismos autonómicos), sin que exista en el ordenamiento español otra autoridad que vele por el principio de transparencia y sirva de contrapeso a aquélla. Vid., E. GUICHOT, "Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales", *RAP* núm. 173, 2007, pp. 407 y ss.

¹⁷⁶ Así, en Derecho francés la reforma de la Ley 2000-321 –art. 7- incluyó dentro del campo de aplicación de la Ley 78-753 a los documentos contenidos en un soporte informático, y cualquiera que sea la naturaleza de las informaciones en ellos contenidos, esto es nominativas o no. De este modo, el acceso a los documentos administrativos es en principio regido por la Ley 78-753, cualquiera que sea el modo de elaboración del documento y la naturaleza de las informaciones que contenga. Paralelamente, la Ley 2000-321 –art. 6- introdujo un precepto en la Ley 78-17, según el cual las disposiciones de ésta Ley no son obstáculo para la aplicación, en beneficio de terceros, de las disposiciones de la Ley 78-753. En consecuencia, no puede ser considerado como un tercero no interesado en el sentido de la Ley 78-17, el titular de un derecho de acceso a los documentos administrativos y a los archivos públicos ejercido conforme a las Leyes 78-753 y 79-18.

¹⁷⁷ En nuestro ordenamiento, las competencias sobre archivos públicos están fraccionadas en dos ámbitos separados: en relación con los archivos de titularidad estatal la competencia es exclusiva del Estado –STC 103/1988, f.j. 4-, mientras que en relación con el resto de los archivos públicos –autonómicos y locales- la competencia es también exclusiva pero de las Comunidades Autónomas.

De un lado, se encuentra la consideración, extendida desde antiguo en algunos países – como Francia o Italia, no así en España-, según la cual la documentación depositada en determinados tipos de archivos –los llamados convencionalmente históricos- y/o que tengan una cierta antigüedad, al ser considerada como documentación histórica, fundamenta un derecho de acceso específico a dicha documentación, históricamente anterior al derecho de acceso de carácter general y que, una vez reconocido éste, da lugar a un régimen de acceso más flexible, fundamentalmente porque determinados límites vigentes en el régimen general son levantados en este otro régimen específico, así como porque se admite una consulta libre, esto es no procedimentalizada¹⁷⁸.

De otro lado, e independientemente de la anterior consideración, el sistema archivístico, entendido como aquel que tiene por objeto la gestión integral de los documentos públicos¹⁷⁹, constituye la premisa imprescindible para la efectividad y operatividad no ya de aquel derecho específico a la documentación histórica, sino también del propio derecho de acceso de carácter general. En efecto, si los archivos se entienden en un sentido amplio que incluye no sólo los archivos históricos sino también los archivos administrativos, los documentos administrativos se encuentran, al fin y al cabo, siempre en un archivo¹⁸⁰.

Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, “El sistema estatal de archivos públicos. Pasado, presente y futuro”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 22, 2003, pp. 53 y ss

¹⁷⁸ En Francia la apertura de los archivos históricos al público se remonta, nada menos, que a la Revolución, a la Ley 7 de *messidor* del año II. En cambio, en España, la ausencia de una Ley de Archivos, unida a las escasas etapas de democracia real, determinaron la falta de reconocimiento antes de la Constitución de 1978 de un derecho de acceso a los archivos históricos. Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico”, en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 2001, pp. 15 y ss.

¹⁷⁹ La idea de gestión integral de los documentos públicos fue introducida por la Ley de Cataluña 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos, al establecer que todas las administraciones y las entidades titulares de documentos públicos han de disponer de un único *sistema de gestión documental* que comprenda la producción, la tramitación, el control, la evaluación y la conservación de los documentos y el acceso a los mismos y garantice su correcto tratamiento durante su utilización administrativa en las fases activa y semiactiva –art. 7.1-. Y de aquí ha pasado a las normas autonómicas más recientes: Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005, de 15 de junio, de Archivos; Ley 15/2006, del 17 de octubre, de archivos y patrimonio documental de las Illes Balears; Ley Foral 12/2007, de 4 de abril, de Archivos y Documentos de Navarra.

¹⁸⁰ Así, en Francia, la Ley 2000-321 –art. 7- extendió las competencias de la CADA a la aplicación de la Ley 79-18 de Archivos, armonizando ambos textos legales: la Ley 78-753 se aplicará a los documentos administrativos aun cuando se encuentren en archivos, si bien los documentos no comunicables en virtud de la Ley 78-753, podrán serlo cuando expiren los plazos previstos en la Ley 79-18 de Archivos. Antes de esta medida, en Portugal, la Ley 65/1993 tuvo la precaución de establecer –art. 7.3- que el depósito de los documentos administrativos en archivos no perjudica el ejercicio, durante todo el tiempo, del derecho de acceso a los referidos documentos. Y, a la inversa, tal como acertadamente establece la Ley de Cataluña 10/2001 de Archivos y Documentos,

A este respecto, debe subrayarse, en primer lugar, que el presupuesto evidente del derecho de acceso es que el documento al que se pretenda acceder exista y, por tanto, no haya sido destruido. Pues bien, la dialéctica conservación-eliminación de los documentos públicos únicamente puede ordenarse adecuadamente desde la legislación archivística, a través de la aplicación de las técnicas archivísticas de valoración, selección y expurgo de la documentación.

Pero, en segundo lugar, para que el derecho de acceso sea operativo no es suficiente la existencia misma del documento sino que es preciso, además, que éste sea localizable por la propia Administración e identificable por los ciudadanos. Y con frecuencia, el principal obstáculo para el acceso no estriba tanto en una voluntad expresa de opacidad, como en la simple falta de accesibilidad de la documentación para la propia Administración titular de la misma¹⁸¹. Y todo ello conduce necesariamente a la ordenación de la gestión de los documentos por el sistema archivístico –catalogación, clasificación, valoración, indización... -¹⁸².

La necesidad de una autoridad independiente para garantizar la aplicación de la Ley.

En última instancia, la función de garantía jurídica del derecho de acceso corresponderá a los órganos judiciales competentes. Ahora bien, los contenciosos sobre acceso a la documentación presentan dos características que les hacen especialmente indicados para la articulación de garantías administrativas previas de carácter complementario: de un lado, la necesidad de una pronta resolución del recurso debido a la rápida caducidad de los valores informativos, y que comúnmente no pueden satisfacer los tribunales; y, de otro lado, la circunstancia de que, salvo que existan intereses patrimoniales

el hecho de que un documento “no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública” –art. 34.2-.

¹⁸¹ Como indica D. DE OCAÑA LACAL, “El archivero y la aplicación de la legislación sobre acceso”, en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 2001, p. 168, “cualquier intento de establecer un régimen de auténtica transparencia es una pura quimera ante una realidad harto frecuente de masas informes de papel en almacenes y sótanos, en los que olvidados por todos, se disputan el escaso espacio disponible con toda clase de trastos”.

¹⁸² Sobre la necesidad de armonizar las legislaciones de acceso a los documentos administrativos y de archivos, vid J. MATAS, “El acceso a los documentos: un derecho democrático”, en “Los retos del acceso a la información”, Actas del XIV Congreso Internacional de Archivos, Sevilla, septiembre, 2000; R. ALBERCH I FUGUERAS, “Eficacia y rentabilidad de los archivos”, *Actas de las I Jornadas sobre Gestión del Patrimonio Documental*, Córdoba, 2000, p. 62.

sustanciosos, el coste económico del proceso supone un serio obstáculo para acudir a la tutela judicial¹⁸³.

A este respecto, en algunos modelos se ha previsto la formulación de una queja ante el Defensor del Pueblo o figura similar (Unión Europea). Sin embargo, la dependencia de este órgano de la Asamblea Legislativa plantea serias dudas acerca de la corrección del criterio de atribuir a estos comisionados parlamentarios facultades decisorias o coercitivas frente a la Administración. En cambio, sí que está presentando una interesante experiencia la constitución de Comisiones de Acceso a los Documentos Administrativos, como órganos dotado de autonomía funcional –Francia y, en menor medida, Italia-, e, incluso, configurada como organismo con personalidad jurídica propia e independiente –caso de Portugal-¹⁸⁴.

Además, la creación de este tipo de órganos, si están dotados de autonomía funcional e integrados por expertos que garanticen la competencia de sus decisiones o dictámenes, presenta una ventaja adicional que puede ser decisiva para el éxito del dispositivo legal de acceso. En efecto, el derecho de acceso a los documentos públicos plantea fundamentalmente un problema de límites, de fronteras: hasta donde debe extenderse la publicidad y a partir de dónde debe preservarse el secreto, la confidencialidad. Sin perjuicio de la necesidad indicada que la Ley contenga una regulación clara, en la medida de lo posible, sobre los límites o excepciones al derecho de acceso, en la aplicación concreta de la misma siempre habrá que realizar, en última instancia, un juicio de ponderación, de

¹⁸³ Esta idea está explicitada en la Directiva 2003/4/CE, relativa al acceso del público a la información medioambiental, al establecer que los Estados miembros garantizarán que toda persona que considere que su solicitud de información ha sido ignorada, rechazada sin fundamento (parcial o totalmente), respondida de forma inadecuada, “tenga acceso a un procedimiento en el que los actos u omisiones de la autoridad pública correspondiente puedan ser reconsiderados por esa u otra autoridad pública o recurridos administrativamente ante una entidad independiente e imparcial creada por ley. Todos estos procedimientos serán rápidos y gratuitos o poco costosos” – art. 6.1-. Sin embargo, la Ley 27/2006, de 18 de julio, se limitó a remitirse, tal como hiciera la precedente Ley 38/1995, a la posibilidad de interponer los recursos administrativos regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –art. 20-.

¹⁸⁴ En Francia, la CADA desempeña un papel central, que la Ley 2000-321 vino a potenciar, ampliando su ámbito de actuación. En Portugal, la CADA fue creada a imagen y semejanza de su homónima gala, definiéndose como una “entidad pública” independiente, vinculada a la Asamblea de la República –art. 18.2 Ley 65/1993-, y ha creado una doctrina netamente favorable al principio de transparencia. En Italia, la Ley de 7 agosto 1990, n. 241 no atribuyó a la CADA italiana competencias en materia de reclamaciones contra denegaciones de peticiones de acceso, sino que su función se centró en el asesoramiento a las Administraciones Públicas, fundamentalmente mediante el dictamen de las normas de desarrollo de la Ley 241/1990. Sin embargo, en la práctica la CADA italiana desarrolló una actividad más amplia de la inicialmente prevista (principalmente mediante la emisión de “directivas” y, finalmente, la Ley de 11 febrero de 2005, n. 15, por la que se modificó la Ley 241/1990, atribuyó también a la CADA italiana la competencia para intervenir en vía administrativa, siguiendo de nuevo el ejemplo francés.

valoración de los intereses en presencia, puesto que al ser contradictorios difícilmente cabe una armonización: ineludiblemente un interés debe prevalecer sobre otro, el cual es sacrificado.

Y en esta operación de balanceamiento, o armonización de intereses, salvo en casos extremos, no son válidas las soluciones apriorísticas, sino que es preciso analizar cada caso concreto. Se trata, pues, de un derecho encadenado a la realidad, a la casuística. Y en estos casos la jurisprudencia desempeña un papel de primer orden, pues permite la conformación de un acervo de criterios y soluciones que oriente la actuación de los distintos operadores jurídicos -tanto del funcionario que informa como de la autoridad que resuelve las solicitudes-.

De aquí la conveniencia de que el sistema de acceso esté auxiliado por un órgano dotado de *auctoritas* suficiente para elaborar un *corpus* doctrinal susceptible de cumplir una función de orientación -"indirizzo"-, de punto de referencia para la Administración y coadyuvar a los mismos tribunales en la difícil y casuística aplicación de la Ley.

Y esta necesidad de orientación es de gran importancia para la efectividad del sistema. En efecto, aun cuando existen desde luego actuaciones de intencionada ocultación de la información, de ordinario, la autoridad o empleado público carece tanto de un especial afán por facilitar la información como por ocultarla. Sin embargo, el funcionario o servidor público al que se solicita el acceso a la información se ve empujado a una encrucijada, pues es consciente de que si comunica indebidamente un dato confidencial podrá comprometer su responsabilidad personal, incluso de carácter penal por revelación de secretos. Y de aquí la importancia de contar con un cuerpo de precedentes elaborado por un órgano especializado que permita descargar al funcionario de esa eventual responsabilidad por los efectos causados por una comunicación indebida.

Necesidad de una ley española de acceso a la información pública

Eugenio Ribón Seisdedos
Abogado CEACCU

“La buena política, la buena justicia y los buenos negocios se hacen siempre a la luz del día” (BERNARD VOYENNE, 1970)

El derecho a la información de los consumidores como mandato constitucional.

La defensa de los intereses de los consumidores y usuarios encuentra acomodo constitucional en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, expresándose el legislador con el siguiente tenor:

Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

Esta privilegiada previsión constitucional, tan sólo compartida de modo expreso¹⁸⁵ en los textos constituyentes de dos países de nuestro entorno comunitario, Portugal (artículo 81)¹⁸⁶ y Polonia (artículo 76), supone la consagración en nuestro ordenamiento jurídico del denominado «*principio pro consummatore*»¹⁸⁷.

¹⁸⁵ En la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949, enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001, se ha tratado de buscar un precedente de la defensa de los consumidores a través de la previsión de su artículo 74 sobre la prevención del abuso de una posición de poder económico (apartado 16) y las medidas de protección en el comercio de productos alimenticios, estimulantes y artículos de consumo (apartado 20), si bien no se refiere de modo expreso a la protección de los consumidores.

¹⁸⁶ La previsión consumerista de la Constitución portuguesa ha sido considerada precursora de la española. Ambas, según apunta CAZORLA PRIETO, son exponentes de una nueva etapa del constitucionalismo, denominada *posdesarrollista*, en las que tienen entrada en el santuario de las normas supremas disposiciones tendentes a obtener una mejor calidad de vida. Vid. CAZORLA PRIETO, L.M. en VVAA (Dir. Garrido Falla, F.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, p. 951.

¹⁸⁷ Vid. MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones”, en ADC 1994, p. 56; GARCÍA CANTERO, G.

Siguiendo la línea marcada por el Primer Programa Preliminar del Consejo de la CE para una política de protección y de información de los consumidores (1975)¹⁸⁸, recoge el artículo 51 CE cuatro derechos esenciales de los consumidores, a saber: 1) Protección de la seguridad y salud; 2) Protección de los legítimos intereses económicos; 3) Información y educación; 4) Fomento de las organizaciones de consumidores y usuarios y audiencia a las mismas. De estos derechos, los dos primeros contemplados en el apartado 1 del artículo 51, se han venido considerando derechos básicos o sustantivos, imponiéndose a los poderes públicos la obligación de garantizarlos mediante procedimientos eficaces¹⁸⁹. Por el contrario, el derecho a la información y educación, así como el fomento de las organizaciones de consumidores y usuarios y su audiencia, previstos en el apartado 2 del mismo precepto, se han interpretado como derechos instrumentales, toda vez que se entendían como medios para alcanzar la consecución de los primeros.

Los dos primeros apartados del precepto constitucional estudiado se encuadran dentro de los denominados principios rectores de la política social y económica. Ello significa que nos hallamos ante reglas impuestas a los poderes públicos, que en consecuencia habrán de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Vinculan en suma, como ha apuntado RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES¹⁹⁰, al legislador (STC 71/1982, de 30 de noviembre), al juez y a los poderes públicos (SSTC 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero). Su invocación ante la jurisdicción ordinaria, conforme lo dispuesto en el artículo 53.3 CE habrá de alegarse, atendiendo a su legislación de desarrollo. Finalmente debe recordarse que su ubicación en el texto constitucional lo excluye de la privilegiada vía del recurso de amparo constitucional.

“Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones”, *RJN*, 13, 1992, p. 41; DE LEON ARCE, A. *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, 2000, p. 61.

¹⁸⁸ DO N° C 92 de 25 de abril de 1975, pp. 1-16.

¹⁸⁹ La referencia constitucional a *procedimientos eficaces* ha sido objeto de numerosas críticas por entender que pese a la preocupación que denota por la salvaguarda de los derechos de los consumidores, carece de sentido pues sería absurdo *a sensu contrario* instaurar *procedimientos ineficaces*. Sobre la valoración crítica vid. SILGUERO ESTAGNAN, J. “La protección procesal del interés colectivo de los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo* N° 49, Madrid, 1999, p.74. En el mismo sentido BAENA DEL ALCAZAR, J.M. “La ordenación del mercado interior”, en *El modelo económico de la Constitución Española*, Madrid, 1981, Vol. I, p. 212. En contra, defendiendo el acierto de la CE al referirse a la eficacia de los procedimientos, se manifiesta BERCOVITZ, A. “La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil” en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Madrid, 1978, Vol. II, p. 15.

¹⁹⁰ RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. “La protección del consumidor en la Constitución española de 1978. Notas para un debate”, en *Revista General de Derecho*, N° 678, Madrid, 2001, p. 1821.

El derecho a la información de los consumidores y usuarios en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, en 1984 ve la luz la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU en lo sucesivo). En su alumbramiento resultó decisiva la tremenda alarma social generada por la intoxicación de la colza, que acabó con la vida de cientos de consumidores, dejando terribles y permanentes secuelas a otros tantos miles como consecuencia del desvío a uso humano de aceite desnaturalizado con anilina. Los efectos del criminal negocio gestado a principios de los años 80 dejaban este agri dulce sabor legislativo.

El 1 de mayo de 1981 fallecía con ocho años de edad, en Torrejón de Ardoz (Madrid), Jaime Vaquero García presentando una sintomatología que inicialmente se asemejó a la neumonía. Apenas una semana después eran once los fallecidos. Antes de que terminara el mes ya se contabilizaban más de 2.500 afectados. Mientras tanto, el entonces Ministro de Sanidad Sancho Rof, trivializaba con lo que sería la indeleble tragedia de miles de consumidores: *“Es menos grave que la gripe. Lo causa un bichito del que conocemos el nombre y el primer apellido. Nos falta el segundo. Es tan pequeño que si se cae de la mesa, se mata (sic)”*. Ese mismo año el bichito del Ministro de Sanidad acabó con más de 20.000 afectados, cerca de 1000 fallecidos que se estiman por causa del envenenamiento y el bautizo del bichito como Síndrome de Aceite Tóxico (SAT). El clamor y el dolor popular, no la bondad política del legislador, forzó los trabajos de elaboración de una norma general de defensa de los consumidores y usuarios. En diciembre de ese mismo año se creaba también el Ministerio de Sanidad y Consumo.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recoge en su artículo segundo los siguientes derechos básicos:

- a) La protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d) Y, la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

Tal y como analizaba BERMEJO VERA¹⁹¹ en uno de los primeros ensayos sobre nuestra LGDCU, de la redacción actual del artículo 51 de la Constitución, no parecía desprenderse la configuración de la información del consumidor y usuario como un derecho del mismo, pese a que, desde los planteamientos originarios, se había tratado de

¹⁹¹ BERMEJO VERA, J. “El derecho a la información de los consumidores y usuarios” en Estudios sobre Consumo nº 3, Madrid, 1984, p. 83.

responder a la muy generalizada preocupación sobre la protección y defensa de consumidores y usuarios.

Tradicionalmente, el derecho a la información de los consumidores, muy probablemente por herencia de los debates parlamentarios en los que encuentra su génesis, se ha venido contemplando desde una triple perspectiva:

- a) El contenido sustantivo del derecho.
- b) La apoyatura orgánica.
- c) La instrumentación específica de los medios públicos de comunicación social.

Por lo que respecta al contenido sustantivo del derecho, la mayor parte de la doctrina se ha centrado casi de modo exclusivo en la obligación del comerciante de ofrecer al consumidor o usuario los elementos necesarios básicos imprescindibles para conformar su voluntad, tanto en el momento precontractual como en el mismo del perfeccionamiento del contrato, ligándolo a una imposición básicamente dirigida al sector privado¹⁹². Siendo esta una óptica profusamente estudiada, no nos detendremos en su análisis.

En cuanto a la vertiente orgánica del derecho a la información, con un grado de desarrollo muy heterogéneo¹⁹³, las Administraciones Públicas han canalizado esta obligación fundamentalmente a través de las Oficinas de Información al Consumidor (OMIC)¹⁹⁴. Tampoco detendremos aquí nuestra intervención.

La tercera de las perspectivas tradicionales del derecho a la información de los consumidores, referida al acceso a los medios de comunicación social de titularidad pública, es sin duda la menos explorada tanto por nuestra doctrina como en su ejercicio práctico y sin embargo, según apunta BOTANA GARCÍA¹⁹⁵, esta vinculada a uno de los problemas más acuciantes, como es la dificultad en la obtención de información. Ello si requerirá una exégesis más pausada, que reservamos para el apartado siguiente.

¹⁹² Sobre este aspecto vid. REYES LOPEZ, M.J. *Derecho Privado de Consumo*, Valencia, 2005, pp. 487 y ss.

¹⁹³ La inexistencia de unos criterios objetivos para el funcionamiento y desarrollo de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, producen situaciones tan paradójicas como que algunas capitales de provincia españolas continúen sin ella, mientras que pequeños municipios mantienen una histórica tradición de asesoramiento a sus consumidores.

¹⁹⁴ Sobre las OMIC vid. HERRERA VERGARA, J. "Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) y acción vecinal" en *Estudios sobre Consumo* n° 74, Madrid, 2005, pp. 43-59 o COCHERO M. y SADIN MORA, L. "El derecho de información de consumidores y usuarios. Especial referencia a las Oficinas de Información al Consumidor" en *Actualidad Administrativa* n° 3, Madrid, 2001, pp. 103-143.

¹⁹⁵ BOTANA GARCIA, G. en LLAMAS POMBO, E. (Coord.) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 2005, p. 123.

Junto a estas perspectivas tradicionales del derecho a la información pública, la experiencia nos impulsa a reflexionar sobre otras dos vertientes del derecho a la información pública de los usuarios, que nos atrevemos a plantear:

- a) El derecho de acceso a la información del procedimiento administrativo.
- b) El derecho de acceso a información judicial.

El derecho al acceso de las asociaciones de consumidores y grupos interesados a los medios de comunicación social de titularidad pública.

En desarrollo del derecho a la información de los consumidores enunciado como uno de los básicos por la LGDCU, establece el artículo 17 de la citada norma:

Los medios de comunicación social de titularidad pública dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores o usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y demás grupos o sectores interesados, en la forma que reglamentariamente se determine por los poderes públicos competentes en la materia.

La previsión legal conecta con lo dispuesto en el artículo 20.3 CE, que como alababan LINDE PANIAGUA y VIDAL BELTRÁN¹⁹⁶, constituía una auténtica novedad en nuestra historia democrática. Así nuestro texto constitucional dispone que la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social que dependan del Estado o de otro ente público, garantizando el acceso a dichos medios de los grupos sociales más significativos, entre los que lógicamente han de situarse con carácter destacado las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas¹⁹⁷.

Para PULIDO QUECEDO¹⁹⁸, la configuración del artículo 17 de la Ley como manifestación del derecho a la información del consumidor determina que la obligación que nace del referido precepto para los medios de comunicación social estatales sea al mismo tiempo un derecho que posibilite la exigencia de información veraz de los medios

¹⁹⁶ LINDE PANIAGUA, E. y VIDAL BELTRÁN, J.M. *Derecho Audiovisual*, Madrid, 2003, p. 195.

¹⁹⁷ Vid. Orden SCO/2772/2003, de 8 de octubre, por la que se convoca y regula el procedimiento de selección de las asociaciones de consumidores más representativas y la designación de los vocales del Consejo de Consumidores y Usuarios (BOE nº 243, de 10 de octubre de 2003)

¹⁹⁸ PULIDO QUECEDO, M. en BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (Coords.) *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p.

de difusión del Estado. En la misma línea expositiva BASTIDA¹⁹⁹ razona en relación con este derecho que la ausencia de información entraña en si mismo un incumplimiento.

El precepto transcrito, pese a estar colmado parece de buenas intenciones, no se erige conforme el criterio doctrinal mayoritario²⁰⁰ como un verdadero derecho fundamental en el sentido del artículo 20.3 CE, y lo que es peor, ha resultado hasta el momento vacío de contenido práctico en ausencia de desarrollo reglamentario del mandato legal, si bien, en honor a la verdad plácidamente dormido entre otras razones por la ausencia de demanda del movimiento consumerista que parece haber olvidado el importante recurso que esbozó el legislador.

El derecho de acceso a la información del procedimiento administrativo.

El legislador constituyente español, según recoge en el artículo 105 b) de nuestra Carta Magna ha querido insuflar a nuestro ordenamiento, sobre la inspiración del artículo 268 de la norma suprema portuguesa, el principio de transparencia y accesibilidad de los ciudadanos en sus relaciones con la administración. De este modo pretende concretarse el acceso y transparencia con el siguiente literal:

“La ley regulará:

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Superado hoy felizmente el *secreto administrativo* con la tímida apertura al trámite de audiencia impulsada por la conocida Ley de Azcárate (Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889), se han impuesto merced en gran parte al influjo de la doctrina francesa²⁰¹ los principios de publicidad y transparencia en la actuación administrativa.

Como acertadamente ha señalado FERNÁNDEZ RAMOS²⁰², quien ha sido para muchos de nosotros el faro que ha iluminado nuestro estudio en el derecho de acceso y participación en el procedimiento administrativo, la publicidad de la actuación

¹⁹⁹ BASTIDA, F.J. La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión. Barcelona, 1990, p. 271.

²⁰⁰ Vid. GÓMEZ CALERO, J. *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1994, p. 153; URIAS, J. *Lecciones de Derecho de la Información*, Madrid, 2003, p. 62;

²⁰¹ Vid. DIBOUT, P. “Pour un droit à la communications des documents administratifs” en *Reveu Administrative* nº 173, sept.-oct. 1976, p. 493 y ss

²⁰² FERNÁNDEZ RAMOS, S. “El derecho de acceso a los documentos administrativos”. Madrid 1997, p. 318

administrativa no interfiere en modo alguno en la legitimación democrática de la Administración, como organización vicarial, sino justamente al contrario: mediante la visibilidad, cognoscibilidad o accesibilidad, y por tanto el control de los actos de la Administración, viene a reforzar esa legitimidad democrática, y su configuración esencialmente servicial.

Examinado el precepto constitucional, tres son los límites impuestos por nuestra constitución, básicamente coincidentes con los existentes en nuestro derecho comunitario²⁰³:

- a) Seguridad y defensa del Estado
- b) Averiguación de los delitos
- c) Intimidad de las personas

La traslación del precepto constitucional al ámbito administrativo, se enuncia en el artículo 35 h) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁰⁴, y se desarrolla como ya ha sido suficientemente expuesto a través del artículo 37 de la cuyo literal resulta ineludible transcribir una vez más.

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificados o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

²⁰³ Cfr. desde el Tratado de Niza, al Reglamento (CE) N° 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, la Declaración Conjunta relativa al Reglamento (CE) N° 1049/2001 (DO L 173 de 27-06-2001, p. 5), la Decisión de la Mesa relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo (DO C 374 de 29-12-2001, pp. 1-6), la Decisión del Consejo, de 29 de noviembre de 2001, por la que se modifica el Reglamento Interno del Consejo (DO L 313 de 30-11-2001, pp. 40-43) o la Decisión de la Comisión, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica su Reglamento Interno (DO L 345 de 29-12-2001, pp. 94-98).

²⁰⁴ BOE n° 285, de 27 de noviembre de 1992.

3. *El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.*

4. *El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.*

5. *El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:*

A) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

B) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

C) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

D) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

E) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

6. *Se regirán por sus disposiciones específicas:*

A) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

B) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.

C) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.

D) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.

E) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.

F) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de

una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local.

G) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración.

Sin ánimo de desarrollar un examen pormenorizado del precepto, interesa destacar cinco puntos concretos que manifiestan su insuficiencia para entender satisfecho el derecho a la información de los consumidores y usuarios en procedimientos administrativos. Con carácter previo, hemos de advertir, que nuestro alegato parte de la base de que tanto el conocimiento de una determinada práctica irregular por parte de los legítimos representantes de los consumidores puede contribuir a evitar que otros tantos usuarios resulten víctimas de similares circunstancias, como de la existencia del propio derecho del consumidor a recibir información por parte de la Administración encargada de tutelar sus intereses. No en vano, GÓMEZ SEGADE²⁰⁵ ya había apuntado a principios de los años 80 que también la Administración Pública en todos sus niveles tiene obligación de informar a los consumidores y usuarios, puesto que la información constituye por sí misma un servicio público al que tienen derecho todos los ciudadanos en

²⁰⁵ GÓMEZ SEGADE, J.A. “Notas sobre el derecho de información al consumidor” en la Revista Jurídica de Cataluña nº 3, 1980, pp. 139 y ss.

cuanto consumidores o usuarios, actuales o potenciales, de cualquier mercadería o servicio. Y en este sentido, señalaba GÓMEZ SEGADE, el deber de informar por parte de la Administración Pública es más amplio que el de los empresarios, pues no solo deben proporcionar información propia en cuanto titulares de empresas del sector público, sino que deben recolectar y difundir información sobre los bienes, servicios y cualquier otro dato de interés para el consumidor procedente de todos los protagonistas profesionales del tráfico. Así las cosas, la actual regulación presenta, entre otros, los siguientes obstáculos al acceso a la información, que merecen ser destacados:

- a) Limitación al acceso a expedientes terminados al tiempo de la solicitud de acceso (art. 37.1)
- b) Exclusión del acceso a expedientes nominativos de carácter sancionador (art. 37.3)
- c) El cuestionamiento del interés legítimo en la defensa de intereses colectivos o difusos por parte de asociaciones de consumidores y usuarios más representativas (art. 37.3)
- d) La pretendida indemnidad de la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 37.7)
- e) Ausencia de un sistema célere de ejecución o recursos del derecho de acceso en caso de denegación del mismo.

En primer lugar, sorprende poderosamente la limitación del acceso a la información contenida en expedientes terminados al tiempo de la solicitud de acceso, cuando precisamente el mayor valor de la información radica en su actualidad. Si lo que se pretende con el acceso a la información es prevenir a los usuarios de un posible riesgo presente (piénsese en una publicidad que puede ser engañosa, una operación irregular de venta de tiempo compartido o una campaña ilícita a través de servicios de tarificación adicional), confiar en la parsimoniosa actuación de la Administración hasta la finalización del expediente, supone en la práctica privar de trascendencia a la información a la que se pretende acceder. Si a ello se une la nula actuación comunicadora de las Administraciones el resultado será que en tanto se tramita un expediente administrativo por una determinada presunta infracción otros tantos cientos o miles de usuarios habrán padecido idénticos perjuicios por la ausencia de información precautoria.

Los dos obstáculos que se anunciaban incardinados en el ordinal tercero del artículo 37, es probable que tengan al menos parte de su razón de ser en el inteligible carácter del precepto. Tal y como han apuntado GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO²⁰⁶, *lo que ocurre es que no hay manera de entender que es lo que ha querido decir el*

²⁰⁶ GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Vol I, Madrid, 1999, p. 1027.

legislador en este artículo 37.3. En el mismo sentido SANTAMARÍA PASTOR²⁰⁷ los límites que establece el apartado 3, por su parte, no son de orden constitucional, sino estrictamente lingüístico: dicho en román paladino, el precepto es absolutamente incomprensible.

Por lo que respecta a la denegación de acceso sobre expedientes nominativos de carácter sancionador, que son los que realmente pueden prevenir al usuario de un posible daño o perjuicio, la utilidad del acceso a la información se vuelve aún más remota, pues ya nos encontramos solo ante expedientes finalizados, sino que además podrán ser no sancionadores. ¿Algún usuario está interesado en un expediente administrativo sobre la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad y Consumo por la que se anuncia la convocatoria de la asistencia técnica para soporte al área de sistemas (vid. BOE de 26 de junio de 2007)?

El tercer óbice que hemos anunciado gira una y otra vez entorno a la dificultad práctica que hallamos para el reconocimiento de la condición del consumidor o la asociación de consumidores como interesado para posibilitar su acceso a la información obrante en el expediente administrativo, y así también de modo correlativo poder ejercitar su derecho de participación. La tarea de acceso al expediente, no resulta sencilla, ni siquiera en aquellos casos en los que el consumidor o el ente asociativo parten con la condición de denunciante, lo que según nuestro sentido común y el de la doctrina más autorizada ya debiera otorgarle la condición de interesado²⁰⁸. La cuestión en liza parece construirse pues sobre la interpretación del concepto de la titularidad de interés legítimo²⁰⁹. En este sentido ha de recordarse que la interpretación ofrecida por el TC al propio concepto de interés legítimo, como el que resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad derivada de la reparación pretendida, y su recepción en el artículo 31 LRJAP-PAC, ha de forzar la admisión de la intervención del denunciante. Coherente con este criterio más flexible resulta la STS de 5 de diciembre de 1999 en la que se reconoce la legitimidad a una denunciante para impugnar unos hechos insuficientemente sancionados. A mayor abundamiento, cuando el denunciante es una asociación de consumidores y usuarios el interés es incuestionable por su propia finalidad *ex* artículo vigésimo bis de la LGDCU. Definitiva en este debate ha resultado la STC 73/2004, de 29 de abril. Sin embargo, aún existiendo progresos jurisprudenciales al respecto como los apuntados, aún quedaría resolver la última cuestión que hemos planteado y abordaremos a

²⁰⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. en VVAA. “De la actividad de las Administraciones Públicas” en LRJPA, Madrid, 1993.

²⁰⁸ Sobre este aspecto, vid. CIERCO SEIRA, C. La participación de los interesados en el procedimiento administrativo, Zaragoza, 2002.

²⁰⁹ Sobre el interés legítimo vid. GONZÁLEZ CANO, M^a. I. *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*. Valencia, 1997.

continuación: la inexistencia de un cauce célere para la resolución de las denegaciones de acceso a la información.

El cuarto elemento que siempre nos ha parecido cuando menos harto llamativo es que la propia Administración condicione el acceso a la información a dos circunstancias curiosas cuales son la necesidad de que el particular formule petición individualizada de los documentos que desee consultar y la pretendida indemnidad de la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos. Respecto de la primera, es obvio que a quien ignora el contenido concreto del expediente administrativo le resultará imposible realizar una petición individualizada de documentos que desconoce, sin perjuicio a mayor abundamiento de que pueda interesarle la consulta íntegra sin ir más lejos para apreciar el cumplimiento formal del procedimiento cuyo examen exige en muchas ocasiones el análisis de cada acto de trámite. En segundo término, parece olvidar el legislador de que precisamente parte del normal funcionamiento de los servicios públicos debe ser atender las solicitudes de información que sus administrados formulen y si para ello precisa de una mayor dotación de medios será su obligación remover los obstáculos para la consecución de dicho objetivo ex art. 9.2 CE y no refugiarse en sus limitaciones o ineficacia para cercenar el derecho del usuario.

Finalmente, si a pesar de todas estas deficiencias no existe un régimen de recursos célere capaz de corregir la denegación indebida del acceso a la información impetrada, por más que se pueda acabar logrando el reconocimiento de dicho derecho, si este llega al cabo de varios meses o años de un contencioso administrativo, es probable que la utilidad de la información inicialmente pretendida sea nula.

El derecho de acceso a la información judicial.

Cuando las anteriores pretensiones sobre el derecho de acceso a la información en sede administrativa las trasladamos al ámbito judicial, nadie que no haya vestido la toga con asiduidad será capaz de imaginar cuan lejos nos hallamos de la consecución de un proceso con pleno reconocimiento al constitucional derecho de defensa y con todas las garantías propugnadas por nuestra Carta Magna y cuan difícil resulta con frecuencia el acceso al expediente judicial por el letrado.

Al igual que examinábamos sucedía en el ámbito administrativo, la publicidad del procedimiento judicial presenta un sustento constitucional directo a través del artículo 120.1 CE en el que se expresa:

“Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”

En íntima conexión con la publicidad de las actuaciones, se alza el artículo 24 CE, piedra angular del derecho de defensa, que impone bajo el privilegiado manto de los derechos fundamentales, la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. El ejercicio de estos derechos no ha de quedar en una mera declaración programática,

pues como integrantes de nuestro ordenamiento jurídico, han de merecer el más exquisito trato en orden a su efectivo cumplimiento.

Dispone el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial *“Los secretarios y personal competente de los juzgados y tribunales facilitaran a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley. Así mismo las partes y cualquier persona que acredite un interés legítimo tendrán derecho a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados.”*

Se reconoce así el derecho de acceso a los documentos judiciales, mediante dos modalidades posibles: ora la exhibición, ora la obtención de copias, sin más limitaciones que las impuestas por la ley. No existiendo limitación legal alguna, ha de entenderse que ha de procederse a la satisfacción de la modalidad de acceso solicitada por el demandante de la pretensión. Sin embargo, el ejercicio de acceso a la información judicial a través de cualquiera de estas modalidades, créanme resulta con demasiada frecuencia una labor heroica.

En el mismo sentido continúa el ordinal 235 del mismo cuerpo legal *los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley.*

Por lo que respecta al acceso a la información mediante su modalidad de exhibición, hallamos dos dificultades en la práctica. La primera de ellas, ligada a un inexplicable uso o costumbre funcional que es la atribución a cada funcionario de un expediente concreto que parecer constituir su posesión, de tal suerte que su ausencia determina la imposibilidad de que cualquier otro compañero facilite el acceso a los autos (piénsese en otro sector como es una entidad bancaria que cada cliente tuviera su cuenta encomendada a un empleado de tal modo que su falta de presencia ya sea por vacaciones o por razón de enfermedad determinara la imposibilidad de que realizara cualquier operación). Huelga explicitar que no tratándose la mera exhibición de los autos de una labor *intuitu personae*, el expediente, identificado con un número de procedimiento, ha de residir en la Administración de Justicia y no en uno de sus empleados. En segundo lugar de modo casi absoluto, nos hallamos la denegación permanente del acceso a la información judicial en aquellos casos en los que el letrado actuante no se encuentra personado en los autos. Nótese que habrá infinidad de asuntos en los que solo pueda valorar el letrado la conveniencia de personación y el ejercicio de la acción tras conocer lógicamente el contenido de los autos. La cuestión ya fue resuelta hace casi diez años por nuestro Tribunal Supremo, a través de su Sentencia de 8 de noviembre de 1997. En ella, nuestro Alto Tribunal, otorgando la razón al recurrente Colegio de Abogados de Córdoba confirmaba la improcedencia de personación en actuaciones judiciales penales, para que los abogados pudieran tomar conocimiento de las mismas. Desde que me colegié, hace ya

esos diez años porto una copia, hoy algo ajada, de aquella sentencia, tratando de hacer valer el derecho al acceso a la información con ínfimo éxito.

Si lo pretendido es no solo el acceso visual del expediente judicial sino la obtención de copias, el reto se engrandece. BEDREGAL²¹⁰ expone como la Comisión de Relaciones con la Administración de Justicia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, denuncia las múltiples quejas de compañeros que denuncian el trato desigual del abogado en el proceso y como *el abogado ha de ver con frustración como para ejercer con cierta precisión la defensa de su representado ha de enfrentarse en primer lugar, con la difícil tarea de acceder y tomar conocimiento pleno de las actuaciones judiciales.*

Es evidente para cualquier profesional del ejercicio de la abogacía, y también lo debería ser para todos los profesionales que integran la Administración de Justicia, que la configuración actual de nuestros Juzgados carecen de las condiciones idóneas para el estudio sosegado de los expedientes. Resulta preocupante pretender que el desarrollo de una actividad tan trascendente como es la defensa judicial en un procedimiento penal del que puede perfectamente depender la privación de la máxima libertad del ser humano, pueda desarrollarse en condiciones casi heroicas que no permitan al letrado la consulta serena del expediente. En el mejor de los casos como instrumento de trabajo puede alcanzar siquiera una silla sobrante y quizá tomar alguna nota sobre su rodillas. No es digno para el ejercicio de la profesión, ni adecuado para el desarrollo de la debida defensa al justiciable, ni suficiente para la satisfacción del precepto constitucional.

Como posibles objeciones al derecho a la obtención de las copias solicitadas, y una vez fuera de toda duda el interés legítimo del letrado solicitante, solo cabe plantear a los meros efectos dialécticos de comprender la causa de la denegación, dos argumentos que puedan subyacer bajo la praxis padecida: bien se aluda a razones de eficacia de funcionamiento del Juzgado, bien se pretenda justificar por motivaciones de carácter económico. En ambos supuestos habría de rechazarse igualmente la justificación.

Si lo que trata de justificar la denegación es la eficacia del funcionamiento del Juzgado, ello ha de encontrar dos motivos de sobrado peso para su oposición. En primer lugar no existe distorsión cuando se permite, aún no exento de dificultades en ocasiones como se ha expuesto y con quebrantamiento del principio de igualdad de armas procesales, la consulta del expediente por los letrados. Idéntico esfuerzo supone al cuerpo funcional la entrega del expediente al letrado para su lectura que el hecho de facilitar su copia, no siendo precisa incluso que esta se realice por el funcionario encargado, como es práctica habitual en algunos juzgados. En segundo término sopesados los intereses en liza, tampoco puede ser óbice el pretexto aludido para privar al justiciable de la debida defensa a través de su letrado. Ha de prevalecer forzosamente el derecho a la defensa y

²¹⁰ BEDREGAL, R. “La dignidad en el ejercicio del Derecho de Defensa” en la Revista Otrosí del ICAM nº 62, 2004, p. 10.

por ello habría de corresponder en todo caso a la Administración la remoción de los obstáculos que pudieran existir (y que de hecho entendemos no existen).

Como segunda tesis que imaginamos pudiera albergar la denegación de copias, nos encontraríamos con razones de carácter económico por el posible gasto que ello pudiera suponer. Nuevamente habría de rechazarse esta segunda objeción por otros tantos motivos. En primer lugar, tomando como referencia la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se preveía en la misma, la aprobación en el plazo de seis meses de un sistema tasado referido a la obtención de copias simples de documentos e instrumentos que consten en autos y sean solicitados por las partes del proceso. Pues bien, en primer lugar, habría de entender exentos del pago de estos a los beneficiarios de la justicia gratuita (entre otros asociaciones de consumidores y usuarios), y en segundo término no cabría denegar la solicitud de acceso fundamentando tal resolución en la falta de establecimiento de tales exacciones ya que no sería lícito cargar al interesado con los efectos derivados de la falta de previsión del legislador.

En otro orden, la facilitación de las copias al letrado nada obsta a la averiguación de los delitos. Antes bien, su concesión se dirige precisamente a la mejor contribución al correcto funcionamiento de la administración de justicia a través de la labor encomendada a los profesionales asignados para la representación y defensa del justiciable. La justificación de esta excepción encuentra su acomodo en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.*

Por último no existe quebrantamiento alguno de la intimidad de ninguna de las partes implicadas, y ello tanto por la debida exigencia de secreto profesional que guarda el letrado en el desempeño de su trabajo, como por el superior interés que debe prevalecer a la debida defensa del justiciable.

Corolario de esta justificación, sería en cualquier caso y una vez más la preferente posición que debe ocupar el derecho fundamental a la defensa frente a las objeciones económicas que como ya hemos rebatido carecen de justificación.

De cualquier modo, en el supuesto planteado aunque poco tratado jurisprudencialmente, comienza a establecerse de modo incipiente una línea tuitiva y garantista de los derechos del justiciable, favorable a la facilitación de las copias solicitadas por los letrados en episodios similares. Así reconoce la propia AP de Madrid (Sección 7ª) en Auto de 9 de abril de 2002 que *“en ningún caso la entrega de las fotocopias interesadas contraviene lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y en cuanto garantiza el derecho de defensa, va a ser estimada la queja”*. Más clara resulta la SAP de Cádiz de 17 de julio de 2001 al concluir que *“En el presente caso el apelante solicitó del Juzgado que se le diera traslado de testimonio de las actuaciones, en particular de*

las diligencias, que con expresión de los folios que las componían enumeraba. Y ante esto y conforme a lo dicho ha de aceptarse la expedición del testimonio interesado resulta procedente". Y otras como la SAP de Girona de 31 de marzo de 2003 cuyo fallo reza "Frente a ese riesgo infundado de uso indebido del contenido de los CD, consideramos que el correcto ejercicio del derecho de defensa requiera un estudio detallado y exhaustivo del material probatorio, en este caso las declaraciones grabadas, que sólo la puesta a disposición de una copia de las mismas puede garantizar, por lo que, estimándose el recurso, debe accederse a la entrega de las copias de las grabaciones de las menores solicitadas por el recurrente". Frente a ellas, en el polo opuesto, tenemos por desgracia otras tantas como la SAP de Baleares de 12 de julio de 2000 o la SAP de Córdoba de 26 de marzo de 1998. Nada sencillo como se expone y probablemente sorprendente para muchos ajenos a la práctica de la abogacía, por mero sentido común.

Conclusiones.

Seré extraordinariamente breve en las conclusiones, pues de lo expuesto resulta fácil colegir que lamentablemente existe aún en España y en nuestra denominada *sociedad del conocimiento y la información*, un importantísimo déficit de transparencia, alzándose infranqueables obstáculos en la práctica para el ejercicio del derecho de acceso a la información.

En cuanto a la necesidad de un instrumento normativo para facilitar el ejercicio procesal de dicho derecho, sin duda habrá casos, como es el supuesto del acceso a los documentos administrativos que requieran de ese esfuerzo legislativo. En otros supuestos como es el acceso de las asociaciones de consumidores y usuarios a los medios de comunicación social de titularidad pública, bastará con un desarrollo reglamentario del actual artículo 17 LGDCU. Y lo que se nos antoja más complejo, en la mayoría de las ocasiones, lo que precisaremos tal y como aconteció en Francia y describía DESANTES GUANTER²¹¹ será cambiar la mentalidad de los funcionarios y la voluntad política para ello.

²¹¹ DESANTES GUANTER, J.M. "Documentación y participación administrativa" en Revista General de Información y Documentación, Vol. 2, Madrid, 1992, p. 127.

Sobre la necesidad de una ley española de acceso a la información pública

Eva Moraga Guerrero
Abogada- Access Info Europe
www.access-info.org

En los últimos años estamos asistiendo a diversos debates a lo largo y ancho del territorio español sobre la necesidad de una modernización de la Administración tanto a nivel nacional como autonómico o local. La mayoría de estos debates se centran en la necesaria adaptación de la Administración a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, como vía insoslayable para el acercamiento de la Administración a sus ciudadanos. El término e-administración se ha convertido, así, en la palabra de moda en nuestras administraciones. Se hace especial hincapié en que en una “democracia participativa”²¹² el ciudadano debe poder informarse, de una manera rápida y a través de medios electrónicos que le eviten desplazamientos innecesarios, sobre los servicios que ofrecen las administraciones públicas y la forma de acceder a los mismos, así como sobre el modo de poder cumplir con sus obligaciones frente a la Administración. El derecho de acceso a la información pública parece, pues, interpretarse en nuestro país en clave restrictiva y en cierto modo relegado al acceso a mera información sobre servicios y deberes, y claramente vinculado con la implementación de estas tecnologías en la Administración. En consonancia con este marco conceptual se aprobó el pasado mes de junio la Ley 11/2007 de 22 de Junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Sin embargo, para el respeto y el ejercicio adecuado del derecho de acceso a la información pública no es condición sine qua non la adaptación de la Administración a estas nuevas tecnologías. Por supuesto que las mismas facilitan que los funcionarios puedan poner a disposición de los ciudadanos la información que necesitan de una manera rápida y ágil. Con todo, lo que verdaderamente se necesita es un cambio de cultura en nuestra Administración que debe venir impulsado por un auténtico liderazgo político que conozca el verdadero significado y la extensión real del derecho de acceso a la información pública y su función esencial en cualquier democracia.

Nuestros políticos, legisladores y responsables de distintas administraciones parecen olvidarse de una tercera faceta del derecho de acceso a la información pública, que es a la que principalmente se refieren todas las leyes de acceso a la información existentes en el mundo. El ciudadano no sólo tiene derecho a estar informado sobre sus deberes y cómo cumplir con los mismos, o sobre los servicios que puede recibir desde la Administración, o a conocer el estado de un determinado procedimiento en el que sea parte. También tiene

²¹² Aunque toda democracia es, por definición, participativa.

derecho a acceder a cualquier otro tipo de información que se encuentre en poder de las administraciones públicas, que le ayude a formarse una opinión informada sobre cómo se lleva a cabo por sus gobernantes la toma de decisiones que, directa o indirectamente, le afecten a él de manera particular o a la sociedad en general. Tiene derecho a conocer qué datos, información, criterios y factores se tienen en consideración en la actividad de gobernar. Ésta es la única vía posible para una participación activa e informada. Este derecho es, en consecuencia, herramienta indispensable para poder llevar a cabo tareas de fiscalización y control de la actuación de nuestros cargos políticos y nuestras administraciones.

El derecho de acceso a la información pública se asienta en una serie de principios básicos esenciales que han sido reconocidos a nivel internacional que podrían resumirse de forma muy breve en: “todas las personas” tienen el derecho de acceder a “toda la información” en manos de “todos los poderes del Estado” mediante un “procedimiento fácil y rápido” sin necesidad de justificar por qué se solicita la información o qué uso se va a dar a la misma. Estos principios no se hayan, sin embargo, recogidos de manera satisfactoria en nuestra legislación ni son asumidos por la práctica administrativa en nuestro país.

En primer lugar, el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental y como tal es un derecho de toda persona y no sólo de todo ciudadano. Es un derecho, por tanto, de todos. Sin embargo, en la normativa española relativa a las relaciones de los ciudadanos con la Administración, ya sea a nivel nacional, autonómico o local, existe una reiterada referencia a los “derechos de los ciudadanos”, que aunque en la práctica del día a día de la Administración no se lleva al pie de la letra afortunadamente, no se haya en consonancia con la legislación internacional.

En segundo lugar, el mismo carácter de derecho fundamental es lo que justifica que su aplicación se extienda a todos los poderes del Estado, puesto que todos ellos deben asegurar el respeto de todos los derechos fundamentales en el conjunto de su actividad. No puede eximirse a un poder en concreto de la obligación de respetar un derecho de estas características. ¿Entenderíamos que el derecho a la igualdad sólo debiera respetarse por el poder ejecutivo y no así por el legislativo o el judicial?

En tercer lugar, el principio de publicidad de “toda la información” en manos de las autoridades públicas conlleva distintas consecuencias. La primera es que “toda la información” - y no solamente aquella relativa a servicios o deberes, o aquella que obre en un procedimiento en el que el solicitante sea interesado, o se halle vinculado a un expediente ya terminado y que se encuentre en un archivo administrativo (como ocurre en estos momentos en España) - debe ser accesible al público. En nuestra normativa actual la vinculación a un procedimiento, un expediente y un archivo es una clara limitación del espíritu que informa el derecho de acceso a la información pública a nivel internacional. ¿Qué argumentos pueden darse para que las personas no puedan acceder a información que obra en manos de la Administración pero que no está dentro de un expediente o no está recogida en un archivo? ¿No tienen derecho los ciudadanos a conocer en qué y cómo

se utiliza el dinero de sus impuestos, independientemente de que dicha información se halle ligada a un expediente? La segunda consecuencia del principio de publicidad es que la reserva de información sólo es justificable en casos excepcionales, que deben ser recogidos en norma de rango legal y que nunca deben ser tan amplios y numerosos que cercenen el significado de este derecho. La protección de datos personales, la seguridad nacional o la protección de intereses comerciales de terceros en ningún modo deben convertirse en obstáculos encubiertos para evitar entregar la información. Y la tercera consecuencia que me gustaría recalcar es la relativa a la obligación de que las Administraciones a iniciativa propia deban poner a disposición del público de forma fácil y directamente accesible información esencial y de interés para el conjunto de la sociedad y de las personas que la conforman, que no solamente debe referirse a la organización y estructura de los organismos en cuestión (información que ya se encuentra en muchos supuestos en España) sino también a materias como planes de actuación, memorias anuales, presupuestos, adjudicación de subvenciones, contrataciones, concesiones, auditorías etc.²¹³

En cuarto lugar, el procedimiento para solicitar la información debe ser fácil, sencillo y rápido. No puede exigírsele al solicitante que identifique el documento en el que se recoja la información concreta que solicita – puesto que no es obligación del solicitante conocer los documentos específicos donde pueda encontrarse dicha información pero sí obligación de la Administración el encontrar el documento o la información que mejor dé respuesta a la solicitud realizada -. Asimismo, la respuesta del organismo en cuestión debe tener lugar en un plazo breve. La media a nivel internacional son catorce días, cuando, sin embargo, en España el plazo - en el supuesto de que no haya una norma específica que lo establezca para ese caso concreto - es de tres meses, plazo que supera con creces hasta el más largo de los plazos admitidos en otras jurisdicciones. Es esencial para el efectivo ejercicio de este derecho la respuesta ágil de la Administración. De otro modo, la información que se obtenga tras llegar el plazo puede no ser ya de utilidad para ese supuesto específico. De todos modos, el gran problema de nuestra Administración es el silencio administrativo y la no respuesta de nuestros organismos administrativos dentro del plazo previsto para ello.

Y en quinto lugar, la información debe facilitarse sin que el solicitante esté obligado a justificar por qué ha solicitado dicha información o el uso que le va a dar a la misma. Aunque es cierto que nuestra ley 30/92 no exige que el ciudadano tenga un interés legítimo para tener acceso a un documento determinado en el caso de un expediente terminado es práctica generalizada la exigencia de que en la solicitud se incluya el porqué y el para qué de realizar dicha solicitud. Esto entra en evidente contradicción con la idea esencial que subyace tras este derecho: que la información en manos de la Administración no es de ella ni de sus funcionarios o altos cargos sino de los ciudadanos. Si es de todos, no es necesario que se justifique el porqué se necesita. Toda persona a la que se le

²¹³ Como ocurre en Méjico. Ver la página <http://portaltransparencia.gob.mx/pot/>

reconoce el derecho fundamental de acceso tiene derecho a conocer cualquier información pública, independientemente del uso que le vaya a dar a la misma.

Para la incorporación de estos principios en la práctica diaria de la Administración es necesario que nuestros líderes políticos se comprometan efectivamente con la idea de una Administración abierta y transparente, que tenga como principio fundamental el servicio a sus ciudadanos y considere prioritario el acceso libre y sin restricciones de éstos a toda la información que generan, poseen, albergan, procesan y utilizan los distintos organismos públicos. Para ello es esencial en nuestro país una ley específica de derecho de acceso a la información pública que ponga orden y clarifique la normativa dispersa y, en ocasiones, contradictoria que tanto a nivel nacional como autonómico y local regula el acceso de nuestros ciudadanos a la información pública. Esta ley es la que tendría que haber servido de marco general para la aprobación de una serie de normas que se están tramitando en la actualidad y que, en algunos casos, ya han sido aprobadas en los últimos meses, todas ellas relacionadas de manera directa o indirecta con el derecho de acceso a la información.

Así, por ejemplo, la Ley 27/2006 de 18 de Julio por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que tuvo que ser aprobada para la correcta transposición de las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, puesto que nuestro Derecho no estaba en consonancia con la concepción amplia del derecho de acceso que recoge la primera de dichas directivas. O la aludida Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que se limita a regular las vías de acceso electrónico pero no hace ninguna referencia al tipo de información a la que puede tener acceso el ciudadano y únicamente se remite a la ley 30/92 cuando se refiere al contenido del acceso. O la reciente aprobada, aunque no publicada en el BOE, Ley de Reutilización de la Información en el Sector Público que al transponer la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de Noviembre de 2003 entra en clara contradicción con los principios del derecho de acceso a la información pública cuando añade que el solicitante deberá identificar el documento susceptible de reutilización y especificar los fines comerciales o no comerciales de la reutilización. Estos dos requisitos no se exigen en ningún momento en el texto de la Directiva. Curiosamente la transposición de esta Directiva ha dado lugar a importantes debates en otros países de la Unión Europea al intentar armonizar con el texto de la Directiva en cuestión sus normativas de acceso - normativas que se encontraban en consonancia con los principios reconocidos a nivel internacional -. Sin embargo, aquí hemos aprobado esta ley de transposición sin tener con anterioridad una norma clara y unitaria de acceso en conformidad con dichos principios. Es necesario diferenciar el acceso a la información pública, en el que no se exige que el ciudadano explique el uso que le va a dar a la información ni el porqué de su solicitud, todo ello en aras de garantizar la transparencia de la Administración y la fiscalización y control de la actividad de nuestros gobernantes, de la normativa relativa a la reutilización de la información pública, que ha nacido con el fin de garantizar la libre competencia en el mercado interior europeo, donde las empresas

puedan utilizar información pública para prestar distintos servicios a los ciudadanos en un régimen de competencia leal y equitativa. En estos momentos se puede constatar una gran dificultad de nuestros dirigentes para distinguir ambas cuestiones. Esto puede tener graves consecuencias en el futuro para la aprobación de un texto legal que recoja el derecho de acceso y, en todo caso, obligará siempre a una modificación de esta ley de reutilización de la información pública.

Otra ley que se halla en tramitación en estos momentos es la Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información que, como dice su Preámbulo, “se enmarca en el conjunto de medidas que constituyen el Plan 2006-2010 para el desarrollo de la Sociedad de la Información”, el Plan Avanza, que prevé actuaciones para garantizar los derechos de los ciudadanos en la Sociedad de la Información. Tampoco se hace referencia en este texto al derecho de acceso a la información pública, y se centra sobre todo en los temas de la factura, la firma, la contratación y la comunicación electrónicas.

Todas estas leyes deberían haber sido pensadas bajo el paraguas de una ley que regulara el derecho fundamental de acceso a la información pública, que hubiera podido servir de inspiración y principio regulador para el resto de la normativa. Asimismo el hecho de que cada ley se haya tramitado en distintas Comisiones (de ámbitos tan distintos como Cultura, Administraciones Públicas, Medioambiente o Industria, Turismo y Comercio)²¹⁴ tanto en el Congreso como en el Senado pone de relieve la heterogeneidad de criterios y principios que han sido utilizados en cada uno de esos proyectos normativos. No se entiende, por ejemplo, que la Ley de Reutilización de la Información del Sector Público se haya tramitado en la Comisión de Cultura y no en la de Administraciones Públicas, como sí lo ha sido la Ley de Acceso Electrónico. Todo esto pone de relevancia la carencia de un plan unitario y unificador que verdaderamente tenga como objetivo el desarrollo de una Administración abierta y transparente a la que sus ciudadanos puedan tener acceso para obtener información no sólo de sus deberes o de los servicios que pueden recibir sino también sobre el propio funcionamiento interno de la Administración. En consecuencia, estas leyes han venido de nuevo a hacer más heterogéneo aún si cabe el panorama legislativo español con respecto al derecho de acceso.

²¹⁴ Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información se está tramitando en las Comisiones respectivas (Congreso y Senado) de Industria, Turismo y Comercio. La Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos fue tramitada en las Comisiones respectivas de Administraciones Públicas. La Ley 27/2006 de 18 de Julio por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, fue tramitada en las Comisiones respectivas de Medioambiente. O la Ley de Reutilización de la Información en el Sector Público que ha sido tramitada en las Comisiones respectivas de Cultura.

Por eso hoy más que nunca es necesaria una ley específica de acceso a la información pública que sirva de marco legislativo unitario y unificador que aúne criterios en cuanto a los principios que regulan el acceso, los procedimientos, los plazos y las excepciones a la puesta a disposición de la información que se solicite. Esta ley deberá venir acompañada asimismo de un verdadero esfuerzo por parte de nuestros gobernantes para liderar un auténtico cambio de cultura dentro de nuestra Administración y de nuestros funcionarios, donde la obligación de ser transparente e informar sobre su funcionamiento sea prioritaria en su actividad diaria. En los últimos cuarenta años el derecho de acceso a la información pública ha sido recogido en la legislación de más de setenta países. En el ámbito europeo en el marco de los veintisiete Estados de la Unión Europea sólo cinco no tienen una ley específica de acceso a la información - España, Grecia, Luxemburgo, Chipre y Malta- ; y de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, sólo 9 no tienen una ley específica – los anteriormente indicados más Rusia, San Marino, Mónaco y Andorra -. Es el momento, pues, para que nuestros políticos reflexionen sobre esta situación y traten de paliarla, incorporando la experiencia internacional en este campo. La modernización de la Administración no sólo viene determinada por la adaptación a las nuevas tecnologías sino por la transformación en sus modos de hacer, donde los derechos, intereses y necesidades de sus ciudadanos sean los que rijan su organización y funcionamiento.

Relatoría sobre el derecho de acceso a la información en Chile

Dra. M^a Isabel Serrano Maillo²¹⁵

Profesora Titular Interina de Derecho de la Información UCM

En las conferencias impartidas por Lorena Donoso, Carlos Reusser, Ciro Colombara y Patricia Reyes Olmedo, los ponentes nos acompañaron, en un recorrido rápido pero muy revelador, por la situación en que se encuentra actualmente el derecho de acceso en Chile.

Lorena Donoso y Carlos Reusser se refirieron a cómo la legislación chilena regula la transparencia. Ella destacó que en Chile existen diversas normas que regulan la transparencia pero que, en realidad, solo lo hacen desde el punto de vista de saber cómo se comportan los funcionarios públicos y en qué se gastan el dinero. No lo regulan como derecho, lo que en cierto modo desvirtúa el verdadero sentido de la transparencia como base de la democracia. Carlos Reusser, por su parte, hizo hincapié en las dificultades que plantea el ejercicio efectivo de los mandatos constitucionales relativos a la transparencia o, más concretamente, los problemas con que se encuentran los diferentes organismos para ofrecer los servicios necesarios para hacer efectiva dicha transparencia tras la reforma constitucional. Como solución a este problema, planteó la posibilidad de implementar un sistema informático de información. Un sistema que debía respetar una serie de principios, como la gratuidad, y la sencillez en su manejo. No obstante, consciente de que por el momento no existe una solución perfecta, expuso los problemas que surgen en relación con cada uno de esos principios.

Ciro Colombara nos acercó al derecho de acceso a través de la exposición y análisis del primer caso relativo al derecho de acceso sobre el que se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso *Claude vs. Chile*, caso especialmente relevante por tratarse de un litigio de interés público. En esta ocasión, la Corte falló a favor de los recurrentes, determinando que Chile había violado el derecho a la libertad de expresión y pensamiento de aquellos. Lo más relevante es que la Corte ordenó que Chile adecuara su legislación interna para que se hiciera efectivo el derecho de acceso a la información pública, obligando a que se nombraran funcionarios cualificados para ello. Además, en la sentencia se establecieron los parámetros que debían regular el derecho de acceso y se determinaba que la base de este derecho de acceso a la información pública era la libertad de expresión.

²¹⁵ Doctora en Ciencias de la Información. Abogada

Finalmente, Patricia Reyes, partiendo de la función y valor de la información pública, nos mostró cómo el parlamento chileno trataba de hacer efectivo este derecho y cómo los ciudadanos podían acceder a este tipo de información. Hizo hincapié en que la información legislativa debe ser de dominio público y planteó distintos desafíos, entre los que destacó la necesidad de transparencia tanto del funcionamiento del Congreso como del resultado de la actividad legislativa.

Transparencia y tratamiento de datos personales en Chile. Cuestiones Pendientes.

*Lorena Donoso Abarca²¹⁶
Directora del Centro de Derecho Informático
Universidad de Chile*

La transparencia en las bases de la institucionalidad nacional. Análisis desde los derechos de las personas

El nuevo artículo 8 de la Constitución Política de la República de Chile, introducido en la reforma Constitucional aprobada en el año 2005 consagra la transparencia como una de las bases de la institucionalidad. Este artículo dispone:

Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Si bien esta es la primera vez que prospera un proyecto de reforma constitucional de esta naturaleza, no es novedoso que se levanten iniciativas tendentes a incorporar la transparencia en el texto constitucional. En efecto, entre 1996 y hoy en día se han iniciado varios proyectos de ley relativos a esta materia, incluso después de la aprobación del nuevo texto del artículo 8, que antes citamos. Estos proyectos han corrido diversas suertes²¹⁷, sin embargo destacaremos que todos ellos presentan en común una vinculación

²¹⁶ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Master en Informática y Derecho, y Candidata a Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Directora del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile <http://www.cedi.uchile.cl>

²¹⁷ Tal es el caso de los siguientes proyectos: Boletín 1478-07, *Proyecto de reforma constitucional que incorpora los principios de probidad y transparencia en la administración pública y establece nueva causal de inhabilidad de los parlamentarios*. Moción, ingresada a tramitación el martes 3 de Enero, 1995 y archivado por oficio 1902 del 25 de marzo de 1998. Boletín 1695-07, *Reforma Constitucional sobre probidad funcionaria y transparencia en el ejercicio de la función pública*. Moción, presentada el martes 12 de Septiembre, 1995, originado en el Senado y archivado el 03 de agosto de 1999. Boletín 2499-06, *Sobre transparencia, límite y control del gasto electoral*. Iniciado en la Cámara de Diputados el miércoles 10 de Mayo de 2000 y rechazado el 16 de enero de 2001. Boletín 4141-03, *Establece transparencia en la información de las boletas de ventas y servicio*. Moción, Iniciado el Jueves 6 de Abril, 2006, en la Cámara de Diputados, en tramitación, aprobado en general en la Cámara el 05 de octubre de 2006. Boletín 4655-07, *Establece una reforma constitucional que consagra la definición de probidad y transparencia, amplía las atribuciones del Tribunal Constitucional en materia que indica y otorga nueva facultad que señala*

directa entre transparencia y probidad y siendo así, se han centrado en la necesidad de que tanto administradores como parlamentarios den a conocer a la ciudadanía diversos aspectos tanto de su vida personal, como relativos a la forma como desempeñan sus cargos, en aras de resguardar el bien común y perfeccionar el sistema democrático.

Ahora bien, esta norma, que consagra la publicidad de los actos públicos debe ser analizada en concordancia con los artículos 13 y 14 de la Ley de Bases de la Administración del Estado²¹⁸, artículos que en lo que nos interesa se refieren al alcance de esta obligación de publicidad y al procedimiento de requerimiento de información a la administración.

En cuanto al alcance de la publicidad, la norma dispone que ella se extiende no sólo a los actos administrativos terminales sino también alcanza a los documentos o instrumentos fundantes de las decisiones administrativas y a los informes emanados de las empresas privadas que ejercen servicios de utilidad pública o de sociedades anónimas, que sean presentados a los organismos encargados de su fiscalización, en la medida que sean de “Interés público, que su difusión no afecte al debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma”, aludiendo luego a que será posible ejercer este derecho en determinadas circunstancias, a saber: “Cuando el requerimiento se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos o intereses de terceros, el jefe superior del órgano requerido, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.”.

No nos referiremos al segundo aspecto, esto es el procedimiento a seguir en una solicitud de acceso a la información pública, sino que sólo haremos presente que en Chile no existen tribunales de lo contencioso administrativo, aclaración que es esencial para entender la forma como se regula esta materia. Asimismo, creemos importante destacar que no obstante se regula en la norma el procedimiento para requerir información a los organismos del Estado, el espíritu tanto del legislador como del ejecutivo es instar a la publicidad activa de los actos públicos, esto es a que la autoridad, sin necesidad de requerimiento previo, ponga a disposición de la ciudadanía la información pública.

al Presidente de la República. Iniciado por Moción en la Cámara de Diputados el miércoles 8 de Noviembre, 2006, en actual tramitación, en el primer trámite constitucional. Boletín 4716-07, *Reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política.* Iniciado por Mensaje el martes 12 de Diciembre de 2006, en la Cámara de Diputados y en actual tramitación, en el primer trámite constitucional

²¹⁸ El DFL 1-19.653, de noviembre de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, fijó el Texto refundido, sistematizado y concordado de la ley 18.575, Ley de Bases de la Administración del Estado. El texto puede revisarse en <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/191865.pdf> [23.10.2007]

Así se desprende del instructivo presidencial N° 008 de 14 de diciembre de 2006, que “exige que en el corto plazo los organismos de la Administración Pública publiquen en sus sitios web las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, el personal de planta, a contrata y a honorarios, las transferencias de fondos que realicen a personas jurídicas, la normativa vigente y los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros”... en pos de “acercar y garantizar el acceso a tales antecedentes a través de medios expeditos y gratuitos”²¹⁹.

Precisado lo anterior, continuaremos con nuestro análisis del marco jurídico de la transparencia en Chile. Como dijimos antes, la ley 20050, que modificó la constitución agregando el nuevo artículo 8 antes transcrito vino a complementar el marco jurídico que ha ido desarrollándose desde el retorno a la democracia en Chile, en pos de instalar la transparencia y la probidad funcionaria en el ideario jurídico nacional.

En efecto, esta reforma se suma a ingentes esfuerzos legislativos desarrollados en el último decenio, entre cuyos frutos cabe destacar los siguientes: a) La ley 19.653, publicada en el Diario Oficial el 14 de Febrero de 1999, que agrega un Título III a la ley 18.575, ley de Bases de la Administración del Estado, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado; b) La ley 19.884, publicada en el Diario Oficial el 05 de agosto de 2003, sobre Transparencia, límite y control del gasto electoral, cuerpo normativo que ha sufrido diversas modificaciones, mediante leyes 19964, de 26 de agosto de 2004, 19963, de 26 de agosto de 2004, y 20053 de 06 de septiembre de 2005; c) La ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la administración del Estado, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003; d) La ley 19.882, que regula la nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica, más conocida por cuanto crea la llamada alta Dirección Pública, entidad encargada de resolver, entre otras cosas, los concursos para proveer cargos ejecutivos en la administración pública, además de profesionalizar la función pública, publicada el 23 de junio de 2003 y modificada por ley 20213, de 2007; y e) La Ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de 30 de julio de 2003, modificada por ley 20088, de 05 de enero de 2006.

De nuestra parte estimamos que si bien lo logrado representa un valioso avance, no se ha dado a la transparencia el realce que debiera tener, de cara al real perfeccionamiento del sistema democrático. En efecto, la lectura y análisis de las normas antes individualizadas muestra que la transparencia en Chile se ha desarrollado al alero de la llamada lucha contra la corrupción²²⁰. A esta misma conclusión llegamos si analizamos la nutrida literatura que circula al respecto en la red²²¹.

²¹⁹ http://www.gobiernodechile.cl/agenda_transparencia/transparencia.htm [23.10.2007]

²²⁰ Lo mismo se desprende del análisis de las circunstancias que han rodeado la generación e iniciación de trámite de cada uno de los proyectos de ley presentados en la materia los cuales se han enmarcado al alero del debate en torno a situaciones

Ciertamente esta constituye una visión sesgada de la transparencia, que no realiza suficientemente el rol del acceso a la información pública como factor crítico de éxito de la sociedad democrática, de cara al empoderamiento ciudadano. Se hace urgente en consecuencia dotar de un contenido más amplio a este valor, sin que se la limite al aseguramiento de la probidad funcionaria. Lo contrario a nuestro entender acarrea riesgos en torno al perfeccionamiento de nuestro sistema democrático, por cuanto no hace posible construir un sistemas efectivos de medición de este imperativo a nivel nacional. Adicionalmente, esta aproximación a la transparencia no contribuye a darle fuerza como una herramienta en pos de contar con una ciudadanía más informada acerca de sus derechos, por la vía de darle a conocer la información que tuvo el administrador al momento de tomar decisiones en su favor o en su contra, o incluso el procedimiento e información seguido en la toma de decisiones de política pública, etc..

Estas falencias se ven reflejadas, por ejemplo en las actividades desarrolladas hasta este momento por la organización Chile Transparente²²², en las cuales sólo se advierten análisis sobre los índices de probidad y de manera minoritaria algunos índices sobre acceso a la información pública de parte de los profesionales de la prensa.

Adicionalmente estimamos necesario que el desarrollo del marco normativo de la transparencia vaya acompañado de una seria reflexión en torno a la necesidad de conjugar este imperativo con el debido respeto a los derechos de las personas, pues lo contrario trae aparejado el riesgo de que en aras de la transparencia se afecte ilegítimamente derechos personales, tanto de personeros públicos como de personas particulares, como analizamos en las páginas siguientes.

En todo caso, estamos conscientes que no somos los únicos preocupados de este aspecto y ello se ve reflejado en el fallo del Tribunal Constitucional recaído en autos ROL 460/2005, en que en voto disidente del Ministro de este tribunal, Juan Agustín Figueroa se da cuenta de la necesidad de reconocer que al momento de establecer un marco normativo para las declaraciones de patrimonio de los personeros públicos debe considerarse el necesario respeto al derecho a la privacidad de las personas que ocupan cargos públicos, de acuerdo a su reconocimiento en la Carta Fundamental.

En efecto, si bien el nuevo texto constitucional y su normativa complementaria insta a la publicidad tanto de los actos públicos terminales como sus procedimientos y

contingentes de corrupción o al menos de dudas respecto del proceder de las autoridades a las cuales se pretende regular, ya sea en materia de compras públicas, del gasto electoral, de las contrataciones para la prestación de servicios a la administración pública etc.

²²¹ Véase por ejemplo http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-14.2855687211 [23.10.2007]

²²² <http://www.chiletransparente.cl/> [22.10.2007]

fundamentos, a renglón seguido establece cuáles son las condiciones en base a las cuales puede establecerse la reserva de un acto y/o procedimiento, entre las cuales se consigna la necesidad de resguardar, entre otros, los derechos de las personas. Siendo así, necesariamente habrá de analizarse de qué manera el ejercicio de transparencia se realice en consonancia con la necesidad de salvaguardar los derechos de las personas, especialmente de cara al tratamiento de datos personales por parte de los organismos públicos.

En efecto, reconocemos la importancia de que la información relativa a la toma de decisiones quede a disposición de la ciudadanía a efectos de que ésta tome conocimiento de los fundamentos de las decisiones públicas, asimismo, estamos conscientes que una parte importante de la información que maneja el Estado y sus organismos es constitutiva de datos personales, en el sentido que es susceptible de ser atribuida a personas naturales, determinadas y/o determinables. Finalmente, es evidente que esta información, de manera progresiva va quedando almacenada en algún sistema de tratamiento de la información, ya sea manual o automatizado. Esto es más evidente hoy en día en que progresivamente se instauran soluciones de procedimiento electrónico, en el marco del gobierno y administración pública.

Es por ello que abogamos por la necesidad de que de la mano de las políticas de transparencia se diseñe e implemente una pública de tratamiento de la información personal que garantice a los ciudadanos que los datos que el Estado maneja a su respecto sean de calidad, que se utilizarán de acuerdo a la finalidad para la que fueron recogidos, y que serán eliminados en la medida que devengan en caducos o que ya no subsista el fundamento legal de su tratamiento.

Siendo así, consideramos que el enfoque actual de la transparencia presenta tres ejes problemáticos, a saber: a) en primer lugar no es posible construir parámetros que permitan guiar la acción de los organismos públicos a la hora de decidir qué información y como ponerla a disposición de la ciudadanía en cumplimiento de la transparencia; b) ligado a lo anterior, no se cuenta con instrumentos que permitan medir correctamente el cumplimiento de este imperativo; y c) El modelo de transparencia empleado pone en riesgo los derechos de las personas, incluso aquellos que han alcanzado reconocimiento constitucional como “fundamentales”, pues en aras de la transparencia se pone a disposición de público información personal de mala calidad, que incompleta, que no necesariamente responde con veracidad a los hechos.

Un ejemplo concreto que nos permite visualizar cómo se ha utilizado la institución “transparencia” en Chile, está constituido por la publicación de la totalidad de beneficiarios de una de las becas más importantes del país, cual es la Beca Presidente de la República. La nómina de beneficiarios se publicó originalmente en el web del Ministerio de Planificación, institución que administra esta beca²²³, pero actualmente

²²³ <http://www.mideplan.cl/final/categoria.php?secid=47&catid=119%20> [22.10.2007]

podemos consultarla en prácticamente todos los medios electrónicos. Pues bien, dicha información fue publicada al alero de la sombra de duda sobre la utilización política de este instrumento y en aras de la transparencia.

Pues bien, en la información contenida en esta nómina se aprecian los siguientes datos personales: APELLIDO PATERNO, APELLIDO MATERNO, NOMBRE, AÑO, PAIS, CENTRO ESTUDIOS, AREA DE ESTUDIOS. No se señala sin embargo cuanto tiempo duró la beca, si la persona retornó al país, si se encuentra trabajando en un organismo público o si trabajó en alguno de ellos en cumplimiento de las obligaciones que impone el reglamento de la beca, ni siquiera si obtuvo el grado académico al que postuló con la ayuda del gobierno, todo lo cual estimamos necesario para efectos que la ciudadanía tome un conocimiento cabal del buen aprovechamiento de los recursos.

De nuestra parte estimamos tal y como está publicada la información a lo sumo se ha logrado que con su difusión se ha logrado “blanquear” el instrumento, pues se ha mostrado a la ciudadanía (o más bien a las distintas fuerzas políticas) que se han repartido equitativamente los cupos de la beca dentro de los distintos grupos “de interés”. Sin embargo creemos que esta fórmula de publicidad ha tenido un efecto negativo en lo que respecta a los derechos de las personas, en cuanto que ha puesto en riesgo de ser “estigmatizados” a los beneficiarios de la beca, por las dudas existentes en el entorno a los criterios tenidos a la vista a la hora de asignarlas.

Estimamos en consecuencia que en Chile hace falta se realice una reflexión sobre los alcances de esta obligación, que se desarrolle un punto de vista propio en esta materia, y sobre todo que se analice si la aplicación práctica de las tecnologías previstas en la implementación de los procedimientos administrativos electrónicos, sobre las que se basa parte importante de la ejecución de la transparencia, se ajustan a los requerimientos considerados en la legislación de protección de datos personales.

Como primer avance a este respecto estimamos que es necesario trabajar en la construcción de una línea de base, con la identificación de los factores críticos de éxito de la transparencia, entre los cuales sin duda creemos que debe estar la necesaria protección de los derechos de las personas.

Ello es más urgente hoy en día que se están implementando algunos esfuerzos tecnológicos destinados al intercambio de datos, en el seno de la plataforma integrada de servicios electrónicos del Estado²²⁴.

En pos de este esfuerzo, de nuestra parte sostenemos que un modelo de transparencia de la información pública, como mínimos debe considerar tres elementos fundamentales: a) Que la información que se ponga a disposición de la ciudadanía sea información de calidad. Con ello queremos decir que debe ser completa, oportuna y veraz; b) Que en la puesta a disposición del público de la información no se afecten ilegítimamente derechos

²²⁴ <http://www.modernizacion.cl/1350/article-68281.html> [22.10.2007]

personales. En este caso habrá de diferenciarse si los derechos afectados no son de aquellos consagrados como garantías fundamentales, caso en el cual habrá de disponerse la reserva en una Ley de quórum calificado o que la puesta a disposición de público de la información afecte derechos fundamentales, respecto de aquellos derechos que gozan de protección constitucional, caso en el cual estimamos no será necesaria su inclusión en una ley de esta naturaleza, debiendo respetárselos en todo caso en los términos consagrados en la Constitución Política de la República (Ello por aplicación de las reglas de hermenéutica constitucional conforme a las cuales debe darse una interpretación sistémica, con efecto útil y restrictiva a las normas que limiten este tipo de derechos); y c) Que la puesta a disposición de público de la información no afecte otros bienes superiores, tales como el interés de la nación o la seguridad nacional, los cuales deben ser adecuadamente calificados a través de una ley de quórum calificado, como dispone la Constitución Política de la república. En base a estos ejes habrá de modelarse los índices de transparencia en base a los cuales realizar las mediciones pertinentes en nuestro entorno.

El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública

Actualmente se encuentra en tramitación en Chile un proyecto de ley que viene a desarrollar el artículo 8 de la Constitución Política de la República²²⁵. Este proyecto define la transparencia en términos tales que “permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”... y consiste “en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.”.

El proyecto de ley se estructura en base a los siguientes elementos: a) Presunción de publicidad, de todos los antecedentes y documentos que obren en poder de la administración pública; b) transparencia activa;

En virtud del primero de dichos elementos, se presume que “toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones que se establezcan en esa ley o en otra ley de quórum calificado. De nuestra parte, estimamos que de aprobarse este artículo debe entenderse además en concordancia con las normas constitucionales, especialmente en cuanto reconoce y regula las Garantías Fundamentales en nuestro entorno.

²²⁵ Boletín 3776/06 de diciembre de 2006, Mensaje de la Presidenta de la república con indicación sustitutiva del proyecto original. Este proyecto de ley se encuentra actualmente en el segundo trámite constitucional, esto es en fase de discusión en el Senado de la República.

Para nuestro análisis, nos resulta especialmente relevante analizar el segundo de estos supuestos, la denominada “transparencia activa”, que conlleva una actividad “de oficio” de parte de la administración en orden a poner a disposición de la ciudadanía la información necesaria para garantizar la transparencia.

El proyecto de ley alude a la necesidad de que los organismos públicos realicen una serie de actividades en pos de esta transparencia activa, que enumeramos a continuación:

B.- publicación en sus páginas web de los siguientes antecedentes, debidamente actualizados: “a) Su estructura orgánica; b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos; c) El marco normativo que les sea aplicable; d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones; e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso²²⁶; f) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios²²⁷; g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros; h) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano; i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano; j) Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso; k) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva ley de presupuestos de cada año. m) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan”²²⁸.

²²⁶ Tratándose de este tipo de información se prevé además que: “tratándose de adquisiciones y contrataciones sometidas al Sistema de Compras Públicas, cada institución incluirá en su sitio web institucional, un vínculo al portal de compras públicas www.chilecompras.cl, a través del cual deberá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo servicio u organismo. Las contrataciones no sometidas a dicho Sistema deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio web institucional”

²²⁷ Respecto de este tipo de información se prevé adicionalmente lo siguiente: “tratándose de transferencias reguladas por la ley N° 19.862, cada institución incluirá en su sitio web institucional, los registros a que obliga la ley N° 19.862 (www.registros19862.cl), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9° de la misma norma legal. Las transferencias no regidas por dicha ley deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio web institucional”.

²²⁸ Artículo 7 proyecto aprobado en la H. Cámara de Diputados.

En cuanto a los atributos de la publicidad, se busca establecer que la información anterior se incorpore a las páginas Web en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.

De su parte, este proyecto de ley se hace cargo del derecho al acceso a la información pública, entendiendo que comprende: “el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”²²⁹.

En este punto el proyecto de ley se explyaya en cuanto a los principios que inspiran el acceso a la información pública, en los términos siguientes:

- “a) **Principio de la relevancia**, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.
- b) **Principio de la libertad de información**, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.
- c) **Principio de apertura o transparencia**, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.
- d) **Principio de máxima divulgación**, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones legales.
- e) **Principio de facilitación**, conforme al cual los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.
- f) **Principio de la no discriminación**, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.
- g) **Principio de la oportunidad**, conforme al cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de

²²⁹ Artículo 10 proyecto aprobado por la H. cámara de Diputados.

información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.

- h) **Principio del control**, de acuerdo al que el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo.
- i) **Principio de la responsabilidad**, conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a los órganos de la Administración del Estado, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esta ley.
- j) **Principio de la gratuidad**, de acuerdo al que el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado es gratuito, sin perjuicio del pago de los costos de reproducción y de los demás valores que la ley autorice a cobrar por la entrega de determinados documentos.”

Si bien esta enunciación de principios aparece como adecuada, de nuestra parte estimamos que sigue entrañando un riesgo a los derechos personales, por cuanto no se establece como criterio de responsabilidad el que el órgano de la administración del Estado deba dar cumplimiento a dichos derechos en el cumplimiento del deber de informar.

Esto es más evidente si consideramos que en la formulación del requerimiento de información el solicitante no debe expresar fundamentos para su solicitud, sino sólo datos relativos a su identificación personal, la información que requiere y el órgano al cual solicita información. Siendo así, tratándose de información susceptible de ser calificada como datos personales, se genera el riesgo asociado a la comunicación de dicha información a terceros distintos del Estado, lo cual, en un país que no cuenta con un registro de bancos de datos privados, ni autoridad de control del tratamiento de datos resulta altamente inadecuado.

Adicionalmente a lo anterior, el proyecto de ley no considera el riesgo de afectación a los derechos de terceros como una excusa frente a la solicitud de información. Es más, radica en los terceros que requieren la información la responsabilidad por la difusión de los datos pertinentes.

Las falencias de la legislación Chilena de Tratamiento de Datos Personales, de cara a la transparencia de la información pública

En Chile, el tratamiento de datos personales ha sido regulado a través de la ley 19.628, mal titulada “sobre protección a la vida privada”, con lo cual aparece como una ley que desarrolla la garantía fundamental de la privacidad, consagrada en el artículo 19 N° 4 de

la Constitución Política de la República²³⁰. De nuestra parte estimamos importante considerar que el tratamiento de datos personales hoy en día está lejos de constituir una simple amenaza para la privacidad, debiendo en consecuencia modificarse a este respecto la legislación Chilena.

En efecto, es necesario que en Chile se avance hacia el reconocimiento de los riesgos que entraña el tratamiento de la información relativa a personas no sólo respecto de la privacidad sino que también respecto de otros derechos, los cuales pueden o no haber sido consagrados como garantías fundamentales. A vía de ejemplo, un tratamiento de datos sobre la actividad sindical de la persona puede afectar su derecho al trabajo, el tratamiento de los datos sobre incidentes de salud puede afectar el derecho a la vida, a la integridad física o incluso el patrimonio, en la medida que puede acarrear decisiones arbitrarias a su respecto, por ejemplo, por entidades aseguradoras.

Ejemplos al respecto hay muchos, sin embargo de nuestra parte sólo queremos evidenciar que la consagración constitucional de la transparencia debe caminar de la mano del establecimiento de un marco jurídico adecuado en cuanto a la protección de datos personales y la legislación chilena dista mucho de constituir un marco adecuado a este respecto.

Una de las posibilidades al respecto es el reconocimiento de la protección de datos personales como una garantía independiente de las otras consagradas a nivel constitucional, tal y como se ha hecho en otros entornos. Una garantía “adjetiva” si se quiere, en el sentido que su protección se justifica en la medida que un tratamiento de datos inadecuado puede acarrear efectos nocivos respecto de otros derechos de la persona, los cuales pueden o no estar calificados como garantías fundamentales.

Es así como postulamos que tanto en nuestro derecho como en derecho comparado, la transparencia necesariamente estará modelada por la necesidad de realizar un tratamiento de datos personales leal y lícito, con pleno cumplimiento a los derechos de las personas.

En el caso de Chile esta necesidad es urgente además de cara a su inserción internacional, en el sentido que el país debe cumplir los compromisos adquiridos a través de acuerdos internacionales suscritos. En concreto en el acuerdo de cooperación económica suscrito con Europa Chile se compromete a adoptar un estándar de protección de datos personales equivalente al vigente en dicho entorno, lo cual no ha realizado hasta la fecha, con la consecuente pérdida de competitividad de nuestro país, por cuanto las falencias que subsisten en nuestro derecho lo inhabilitan para ser receptor de datos

²³⁰ El artículo 19 N° 4 dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas”... N° 4: “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”

personales de residentes europeos, con los consecuentes efectos negativos sobre el comercio internacional²³¹.

Entre las falencias que se observan destacan que Chile no cuenta con autoridad de protección de datos ni con un proceso de certificación de datos que permita asegurar la calidad de los datos contenidos en los sistemas de tratamiento de la información del Estado. Tampoco se ha certificado el método de recogida e ingreso de información, la disponibilidad de los datos, la transparencia de la información pública, ni menos aún la satisfacción de los derechos ciudadanos en relación a dicha información, especialmente el acceso a la información, uso de dicha información por parte de los órganos del Estado, validación de la misma y procedimientos asociados como la cancelación, modificación y bloqueo de la información errónea, poco confiable o derechamente falsa. Ello pone en jaque la confiabilidad internacional del sistema nacional, además de afectar los índices de competitividad de Chile de cara al desarrollo de la sociedad digital.

Ahora bien, estimamos que estas reflexiones son además útiles de cara a la realización del gobierno electrónico en Chile, cual es uno de los mayores desafíos de un país que pretenda instalarse en el escenario de la sociedad de la información.

Transparencia y protección de datos como factores críticos de éxito del una estrategia de Gobierno electrónico

Para comprender a cabalidad el escenario de la regulación chilena en la materia que nos ocupa es necesario hacer referencia a que la realización de la transparencia se da además en un momento en que el Estado ha desarrollado un importante esfuerzo de modernización de sus instituciones y procedimientos. Uno de los principales esfuerzos ha estado constituido por una mesa de trabajo multisectorial, enmarcado en la llamada agenda digital I, desarrollada en el seno del Ministerio de Economía para el periodo 2004-2006. En esta época se consideraba al Gobierno electrónico como una de las metas del periodo, en los términos siguientes “Chile ya completó la fase del llamado gobierno informacional, es decir, que los 207 servicios, ministerios y subsecretarías todos tienen portales o páginas web, pero ahora hay que superar la etapa del gobierno transaccional, o sea que todas las transacción públicas se puedan hacer vía Internet. Una vez consolidada esta etapa queremos avanzar hacia otra fase que es impulsar el llamado backoffice del

²³¹ El Texto del acuerdo de cooperación comercial suscrito entre Chile y la Unión Europea, en su artículo 30 dispone lo siguiente:

Protección de datos

1. Las Partes acuerdan cooperar en la protección de los datos personales para mejorar el nivel de protección y evitar los obstáculos al comercio que requiera la transferencia de datos personales.
2. La cooperación en el ámbito de la protección de datos de carácter personal podrá incluir asistencia técnica mediante intercambio de información y de expertos, y la creación de programas y proyectos conjuntos.

gobierno, lo que se exprese en una plataforma de servicios integrados para el ciudadano. Esto permitirá cumplir con la Ley de Silencio Administrativo²³².

Otros objetivos complementarios de la agenda I fueron la alfabetización digital, la armonización legislativa acorde a las nuevas formas de hacer en el entorno tecnológico, despegue de las industrias de TIC y Gobierno en línea trámites a disposición de la ciudadanía. A ello se sumó, en el marco del proyecto de Modernización del Estado, la aspiración de mejorar la transparencia de la información pública.

El objetivo programático detrás de estas iniciativas era “implementar el uso de tecnologías de información para contar con un gobierno más cercano a las personas y capaz de brindar una mejor atención a la ciudadanía”²³³, objetivo que hoy en día se estima cumplido en su primera fase, razón por la cual se ha dado paso a la agenda digital II, incorporada en la agenda programática del nuevo gobierno, basada en la necesidad de “fomentar la igualdad de oportunidades y la participación”²³⁴ e “incrementar la presencia y el impacto de las TIC en los sectores productivos” ... para mejorar la competitividad de nuestro país pues “La rapidez de los cambios en el mundo global exige que tanto el aparato público como el privado adopten herramientas que les permitan enfrentar un entorno internacional altamente competitivo. Para ello, las TIC y todas las políticas que apunten a mejorar los índices en innovación y desarrollo son claves”²³⁵.

El trabajo del llamado Grupo de Acción Digital demostró que la tarea no era sencilla ni de corto aliento, y que sólo podía desarrollarse en base a un modelo integrado, lo que se reflejó en la composición de los equipos de trabajo, que reunieron a especialistas de diversas áreas del conocimiento y de distintos “mundos”, como la Universidad, la empresa, el gobierno y los privados en general. Como resultado, se llevaron adelante más de 30 iniciativas, sin embargo la implementación efectiva de las mismas no es tan auspiciosa como se esperaba.

Estimamos que así como sucede con el caso del desarrollo de la transparencia, para el buen desempeño de las iniciativas de gobierno electrónico es asimismo necesario asumir el desafío de adecuar el marco jurídico del tratamiento de datos personales, además de mejorar los índices de Desarrollo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

²³² La referencia es a la Ley 19.880, de mayo de 2003, “Ley que establece las bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”

²³³ “Un Gobierno para los Nuevos Tiempos”. Bases Programáticas del Segundo Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia (páginas 11 y 12)

²³⁴ Más sobre la agenda digital II en <http://www.agendadigital.cl/aws00/servlet/aawsconver?2,,500620> [11.05.2006]

²³⁵ http://www.conicyt.cl/comunicados/conicyt-prensa/2006/marzo/13marzo/Chile_y_TIC.html [11.05.2006]

en consonancia con este objetivo. Ello para de manera importante por la necesidad de acercar las necesidades públicas de TICs al sector productivo.

Dicho en otros términos, es urgente implementar políticas públicas en pos de lograr altos niveles de coherencia sistémica, en el sentido que los desarrollos tecnológicos que se diseñen e implementen a nivel nacional den satisfacción a los valores comprometidos en el Gobierno electrónico, entre los que destacamos la transparencia, la eficiencia administrativa, y la protección de los derechos de las personas, entre otros. Para ello es necesario profundizar la relación de trabajo público privada, en una mesa de trabajo multidisciplinaria, que permita dotar de contenido efectivo a estos valores y traspasar las necesidades públicas al sector productivo.

Adicionalmente estimamos que es necesario que en Chile se mejoren los índices de “apropiación social” de las tecnologías de la información y las comunicaciones y sus aplicaciones al gobierno electrónico. Nos referimos con esto a que es necesario que la ciudadanía adquiera conciencia del impacto de las tecnologías en su vida cotidiana, tanto en lo que respecta a las aplicaciones diseñadas para lograr un “gobierno electrónico transaccional” como en lo referente a la toma de decisiones a su respecto en base a la información que es tratada por el Estado. Sólo así la sociedad civil asumirá un rol protagónico en esta materia, con los consecuentes beneficios de cara a la protección efectiva de los derechos en juego.

Es así como estimamos que el tratamiento de datos personales es uno de los ejes basales del gobierno electrónico, en cuanto la información de los administrados es una de las condiciones básicas para el diseño e implementación de políticas públicas. Tal es el impacto de esta materia que una de las mayores pretensiones de los Estados, desde la creación de las máquinas de cálculo automáticas, ha sido que éstas contribuyan a hacer más eficiente el tratamiento de estos datos (baste recordar al efecto el impacto de la máquina creada por Herman Hollerith en el desarrollo del Censo de Estados Unidos en 1950)²³⁶. Sin embargo a nadie es extraño que el uso de estos datos por parte del Estado puede entrañar grandes riesgos a los derechos de las personas afectadas por dicho tratamiento.

Los datos personales permiten a quien los utiliza conocer, crear una imagen, dar a conocer a una persona determinada o determinable y/o tomar decisiones a su respecto. Es por ello que se ha estimado que en materia de gestión pública en general y de gobierno electrónico en particular la información relativa a personas determinadas o determinables resulta crucial, sin embargo su utilización lleva ínsita la necesidad de adoptar los debidos resguardos a los derechos de las personas.

²³⁶ Existe abundante literatura al respecto en Internet. De nuestra parte recomendamos al respecto revisar la obra de Philippe Bretton, *Historia y crítica de la informática*. Ed. Cátedra, colección teorema, Madrid, 1989.

Ya Wiener²³⁷ advirtió que prácticamente todos los sistemas sociales tienen mecanismos de tratamiento de la información los cuales si no son desarrollados conforme a una ética humanista en definitiva pueden volverse contra el hombre. Hoy en día el poder asociado al tratamiento de la información se ha visto incrementado gracias a la convergencia tecnológica, pues la integración de diversas redes y sistemas a través del protocolo IP incrementa prácticamente ad infinitum las posibilidades de recogida y tratamiento de datos.

En este escenario se hace necesario además recordar que no sólo responden al concepto de sistemas de información los artilugios tecnológicos, puesto que son “medios de recogida, utilización, almacenamiento y transmisión de la información la radio, cine, teléfono, telégrafo, correos, libros, prensa, pero también el sistema escolar y a la iglesia”²³⁸, los cuales como podemos apreciar abarcan prácticamente la totalidad de las esferas de actividad social.

Siendo así, el poder de las máquinas, que ha sido visto como una de las mayores oportunidades en la conformación de un gobierno eficiente y transparente, cercano a la gente y capaz de tomar decisiones adecuadas y oportunas, se ha visto empañado por una falta de reflexión en orden al uso de estas herramientas y sus capacidades de manera consistente con las necesidades de protección o al menos aseguramiento de los derechos de las personas.” Dicho en otros términos, la esperanza depositada en las máquinas no viene sola, sino que se acompaña de serias reservas, a las cuales se ha contestado que “para que estén en medida de contrarrestar la entropía, la información ha de poder circular sin trabas”²³⁹, lo que involucra necesariamente que el sistema jurídico material garantice a quienes son referidos en los datos contenidos en los sistemas de tratamiento información, el que podrán acceder a la información que a su respecto detenta la administración pública, o que se encuentra en manos de los privados.

Creemos que en estas consideraciones están comprometidos los factores críticos de éxito más relevantes de las estrategias de gobierno electrónico²⁴⁰ y habrán de ser tenidos a la vista en las etapas sucesivas de su implementación. Basamos esta apreciación no sólo

²³⁷ Véase al respecto WIENER, Norbert. *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas*. 1ª y 2ª Edición en Inglés, Massachusetts Institute of Technology, 1948 y 1961; 2ª edición en Castellano. Ed. Tusquets, Barcelona 1998

²³⁸ MATTELARD, Armand. “Historia de la Sociedad de la Información”. Paidós Comunicación 132, Ed. Castellano, Paidós Ibérica, Barcelona 2002, pág. 60

²³⁹ MATTELARD, Armand. “Historia de la Sociedad de la Información”. Paidós Comunicación 132, Ed. Castellano, Paidós Ibérica, Barcelona 2002, pág. 60

²⁴⁰ Véase al respecto los resultados del proyecto “eGovernment for Development Information Exchange” coordinado por la University of Manchester(UK) <http://www.egov4dev.org/topic1smry.htm> que entrega cifras alarmantes en el sentido que estima que de los proyectos de e-gobierno implementados en países en desarrollo, el 35% fracasaron totalmente, un 50% presentan fallas parciales, y solo un 15% pueden ser considerados exitosos.

en los altos costos financieros (directos o indirectos) involucrados en proyectos de esta naturaleza, sino además en que ellos comprometen la credibilidad y confianza pública.

Esto es más importante, además, si consideramos que la experiencia internacional ha demostrado que cuando este tipo de proyectos se implementa de manera exitosa traen aparejados una alta rentabilidad social. Dado esto es que se ha consensuado en diversos entornos que es altamente deseable el desarrollar modelos que sean capaces de identificar factores críticos de éxito y de fracaso en estas iniciativas, no sólo direccionadas a minimizar los riesgos de su implementación sino que además busquen potenciar sus efectos.

Pues bien en esta línea, el proyecto "eGovernment for Development Information Exchange" coordinado por la University of Manchester(UK), ha desarrollado dos modelos que ayudan a explicar las causas del fracaso de los proyectos de e-gobierno (o, tienen éxito), uno es el modelo "Factor" que identifica 10 factores claves, cuya presencia o ausencia determina la posibilidad de éxito o falla²⁴¹, entre los cuales está la calidad de las bases de datos de la administración.

El segundo modelo se llama "Diseño-Realidad Gap", el cual identifica la distancia existente para un determinado proyecto de e-gobierno entre supuestos/requerimientos de diseño y la realidad, donde el tamaño de esta distancia es directamente proporcional a la probabilidad de falla del proyecto²⁴². De nuestra parte estimamos que la situación en nuestro país demuestra una gran brecha o GAP entre la situación que debiera existir en materia de protección de datos personales y aquella que actualmente se produce, y lo mismo sucede en materia de transparencia y acceso a la información pública.

A las mismas conclusiones llegamos si analizamos la problemática del acceso a la información pública a la luz de la Teoría de la comunicación que fuera planteada (en 1949) por Claude Shannon (1916-2001) en la memoria "Una teoría matemática de las comunicaciones"²⁴³ que se ha convertido en pieza fundamental de la ciencia, por la relevancia que ha adquirido el acceso a las fuentes de información en todos los ámbitos de la investigación científica y técnica.

En efecto, si bien el uso social ha tendido en las últimas décadas a entender que el planteamiento de la teoría de sistemas en general y la cibernética en particular es un problema matemático, con las consecuentes pretensiones de exactitud y precisión, en tanto se refiere a la información en términos estrictamente físicos, cuantitativos, estadísticos, aludiendo a las cantidades de información y a los canales más eficientes para la transmisión del mensaje desde el emisor hasta el receptor, de nuestra parte estimamos que es importante agregar factores cualitativos al análisis, de manera tal de analizar en

²⁴¹ <http://www.egov4dev.org/causefactor.htm>

²⁴² <http://www.egov4dev.org/causegap.htm>

²⁴³ SHANNON, Claude E. "Teoría matemática de la comunicación". Ed. Forja, Madrid, 1981

qué medida o de qué forma la puesta a disposición de la comunidad de la información agrega valor público, cuestión que no es susceptible de ser medida en base a meros patrones matemáticos.

Siendo así, estimamos que a la pretensión inicial de los teóricos de la información cual fue analizar el problema de las comunicaciones eléctricas, lo cual les llevó a centrarse en los problemas en torno al tránsito del mensaje desde el emisor al receptor habrá de agregarse el problema del valor público de la información, entendido desde la perspectiva del perfeccionamiento del sistema democrático y no simplemente desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción.

Es así como denunciamos el riesgo asociado a la ausencia de los profesionales de las ciencias sociales en los análisis y desarrollos de las estrategias de modernización del estado, en las cuales se insertan las políticas de gobierno electrónico y transparencia, entregados actualmente de manera prioritaria a profesionales de las ciencias económicas, matemáticas y/o tecnológicas, con el consecuente desmedro a los derechos de las personas.

A modo de conclusión. La implementación de la normativa de transparencia a través de un trabajo Multidisciplinario

Otro aspecto importante a destacar es que se si bien se tiende a identificar a los proyectos de e-gobierno con el desarrollo e implantación de un proyecto de Tecnologías de Información, esta es -a lo menos- una mirada incompleta de cómo debe ser enfrentado un proyecto de esta naturaleza, pues la experiencia de proyectos exitosos como el programa de e-gobierno implementado en Nueva Zelandia, indican que además de la problemática tecnológica se deben considerar elementos sociales, culturales y estructurales que impactan fuertemente en el éxito de la iniciativa²⁴⁴, elementos como la confianza o desconfianza de los ciudadanos respecto de la tecnología o bien respecto del destino o usos que se les darán a sus datos en un entorno de administración pública digital.

De nuestra parte estimamos que la construcción de las confianzas necesarias para la real vigencia de las iniciativas legales en materia de transparencia está íntimamente ligada a un trabajo multidisciplinario que genere una batería de índices de satisfacción de los imperativos de transparencia de la información pública con pleno respeto a los derechos de las personas. Ello supone necesariamente mejorar los índices de satisfacción de los procedimientos asociados al tratamiento de datos personales. En efecto, siendo la información personal la primera fuente para la toma de decisiones respecto de un sujeto, es necesario asegurar que se cumplan estándares adecuados de protección de datos, especialmente en cuanto aseguren que los mismos serán tratados de acuerdo al principio de finalidad, calidad y seguridad. Para ello estimamos que debiera emplearse sistemas o

²⁴⁴ <http://www.e.govt.nz/about-egovt/vision.html>

modelos de certificación del tratamiento de datos personales. Ello contribuiría a dar mayores certezas a la ciudadanía de que su información personal no será utilizada para fines distintos de los requeridos, y adicionalmente entregaría mayores elementos a la hora de implementar soluciones de política pública en cumplimiento de la transparencia, con la certeza que Chile cumple con los estándares requeridos a nivel internacional en materia de tratamiento de datos.

Para ello, estimamos que debiera implementarse una estrategia de trabajo multidisciplinario, que considere aspectos legales, sociales, culturales, económicos, estructurales y tecnológicos.

Para ello recomendamos analizar la experiencia de Nueva Zelanda, y adicionalmente algunos planteamientos teóricos como los desarrollados por la Information School de la Universidad de Washington (US), en tanto nos proporciona antecedentes sobre los factores de diferenciación entre una investigación en un área como e-gobierno, sede en la cual se deben radicar las iniciativas sobre transparencia, de cara a la sociedad de la información, de otras tradicionales en el área de Ciencias de la Información²⁴⁵, concluyendo que: (a) Se trata de una materia compleja que involucra a áreas como, ciencias de la información, ciencias de la computación, sociología, administración pública y ciencias políticas. Ello lo observamos en la figura 1, (b) Las aplicaciones y usos de E-gobierno requieren un acoplamiento de problemas técnicos y no técnicos complejos, (c) El e-gobierno va mas allá de la aplicación de una determinada tecnología en el sector público.

Coincidimos plenamente con estas conclusiones, a la que debemos agregar que una estrategia en este tipo debe necesariamente considerar factores locales, tales como la tasa de apropiación social de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, que entraña, entre otros, la tasa de penetración de las tecnologías en los domicilios, el índice de alfabetización digital, el grado de conocimiento de las implicancias del tratamiento automatizado de datos personales, o incluso el grado de conocimiento de los derechos y obligaciones de los ciudadanos de cara a la administración electrónica.

Siendo así, nuestro llamado es a reflexionar antes de seguir adelante con la “sospecha” de falta de probidad que en los últimos tiempos parece haber caído sobre todos quienes desempeñan o han desempeñado un cargo público, y realizar una reflexión sobre cómo debe ejercerse la transparencia, con pleno respeto a los derechos de las personas.

²⁴⁵ http://faculty.washington.edu/jscholl/papers/Scholl_DEXA_PHD_2005.pdf

Chile y el Derecho de Acceso a la Información. Notas sobre problemas prácticos y gestión del conocimiento

Carlos Reusser Monsálvez²⁴⁶

Coordinador Académico del

*Centro de Estudios en Derecho Informático de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.*

La reforma constitucional de 2005

El artículo 8° de la Constitución Política de la República de Chile tiene una larga y tenebrosa vida en la cual ha sufrido sucesivas modificaciones que van desde la vigencia con mano de hierro, pasando por ciertas derogaciones y finalmente, instalándose nuevos textos.

Nació como una disposición que proscribía líneas de pensamiento y “doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases”; esto es, las perseguidas “ideologías foráneas” como las denominaba el tristemente célebre dictador de la época.²⁴⁷

²⁴⁶ Carlos Reusser Montalvez. Coordinador Académico del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Master en Informática y Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Especialista en Derechos Humanos por la misma Universidad. Diplomado en Derecho Informático por la Universidad de Chile y Experto en Gestión del Conocimiento de la Universidad Carlos III

²⁴⁷ El antiguo artículo 8° de la Constitución Política de Chile de 1980 rezaba: Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores.

Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de

¿Cómo se verificaba que una persona ajustaba su pensamiento al mandato constitucional?. Como ustedes comprenderán, ese nunca ha sido un obstáculo para las dictaduras, dado que el uso del tormento lo llevan impreso en su definición.

En la actualidad, este artículo 8° ha elevado a rango constitucional el deber de probidad y la publicidad de los actos y resoluciones estatales, además de los fundamentos de los mismos y el procedimiento utilizado, siendo su texto el que sigue:

- *Artículo 8°.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*
- *Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*

No crean ustedes que esta nueva disposición ha significado un avance sustancial en el catálogo de derechos de las personas, pues esta norma fue incorporada bajo el epígrafe dedicado a las “Bases de la Institucionalidad”, destinada más bien a la Administración, y no en el de “Derechos y Deberes Constitucionales”, que concentra las disposiciones que gozan de amparo inmediato a través de recursos judiciales directos.

Dejando lo anterior claramente establecido quiero señalar que la perspectiva o dimensión con que abordaré el tema será eminentemente práctica, desde la óptica de un Centro universitario chileno focalizado en Derecho y Tecnologías que ha desarrollado una línea de trabajo en gestión del conocimiento jurídico, recibiendo frecuentes consultas sobre estas temáticas por órganos y servicios públicos.

Y de todas las dimensiones que puede abarcar este tema sólo focalizaré tres aspectos: la forma en que se aborda en Chile el derecho de acceso a la información pública, la relación directa que tiene con la gestión del conocimiento y la forma en que esto se coordina (o no) con los principios de acceso al derecho a la información.

organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto.

La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia.

Problemáticas comunes

Desde el año de publicación de la reforma comenzaron a acercarse a la Universidad un conjunto de organismos públicos que nos plantean lo que ellos entienden que es su problema: los ciudadanos hacen preguntas y entienden que ahora existe la obligación de contestarles. El solo hecho de contestarles en realidad no es el quid del asunto, porque en principio siempre existe la mejor de las disposiciones de absolver las consultas del público, sino que el problema radica en que para realizar esta función requieren contratar un *pool* de profesionales permanentes que desde su perspectiva son improductivos y caros, dado que es personal calificado que deben sustraer de las tareas de avance del día a día y que debe tener presente que argüir que la entrega de tal o cual antecedente afecta el normal funcionamiento del servicio no es justificable.

En conclusión, el dilema tiene para ellos un significativo aspecto económico, que cobre mayor gravitación si a lo anteriormente señalado se suma que mucha de la información solicitada está archivada en lugares de difícil e intrincado acceso, cuando no perdido. Incluso un jefe de servicio público nos comentó que, para ahorrar espacio, su antecesor había ordenado la destrucción de todos los documentos que tuvieran una antigüedad mayor a 10 años porque a su entender, transcurrido el plazo de la prescripción extraordinaria, estaban exonerados de responsabilidad por los abusos, errores u omisiones que pudieren haberse cometido, perdiendo sentido la conservación de la información.

Otro punto en común era que en muchos organismos, aun disponiendo de archivos completos, cuestionaban la procedencia de contestar consultas sobre hechos a su parecer remotos. “¿Por qué tendría yo que encargar a un funcionario que investigue cuantas concesiones telegráficas se otorgaron en 1940?”, fue el tenor de varias preguntas, y el fondo de las mismas es el ya señalado: las reparticiones públicas tienen un presupuesto determinado y la gestión de la información históricamente no ha sido un tema prioritario.

La gestión del conocimiento en la administración pública, base de la administración electrónica

Por razones obvias, lo que se refiere a restricciones o distribución presupuestaria de los organismos del Estado es para nosotros incontestable, salvo que fuéramos un instituto de economía especializado, que no es el caso.

Entonces, y dejado ese aspecto fuera de nuestro análisis, atendido el tenor vinculante de la reforma constitucional que ya estaba vigente, los agentes de la administración pública no buscan que les respondan los porqués de las normas que en cualquier caso están obligados a acatar, si no que les señalen u orienten sobre el cómo hacerlo.

Y al respecto invariablemente les sugerimos que la mayor parte de los requerimientos que hacían se podían solventar a través de metodologías y herramientas de gestión del conocimiento para la construcción de sistemas inteligentes de información para los ciudadanos.

En realidad la respuesta es bastante más compleja de lo que parece y no es traducible a “base de datos disponible en Internet”, como entendieron algunos, aun cuando pudiera ser uno de los componentes principales de la solución.

Me explico: muchas de las cuestiones planteadas efectivamente requieren del levantamiento de información y la construcción de bases de datos, las cuales deberán estar disponibles por el medio que más fácilmente sea accesible para las personas, y será Internet en las zonas geográficas o demográficas en que los índices de acceso a esta red sean altos, pero deberán contemplarse otras formas o métodos de consulta en los lugares y localidades en que existan limitaciones al acceso.

¿Por qué la solución no es sólo una base de datos inteligente y con pretensiones de universalidad? Porque la probidad, por una parte, y el acceso a la información pública, por otra, no se garantizan con sistemas de información, siendo la base de datos sólo un resultado parcial consecuencia del desarrollo de un conjunto de procesos que redefinen muchos de los aspectos y formas de hacer de las instituciones que opten por construirlas, pues el establecerlas requiere el conocimiento de, entre otras cosas, como *sinceramente* funciona la organización del conocimiento en cada institución (el quién sabe cómo se hacen las cosas), cómo se realiza la gestión de registros y documentos, qué factores inciden al tomar una decisión, cuál de los 200 funcionarios de un área es reconocido por los demás como un especialista en determinado tema, cuánto tiempo demora en ser contestado un requerimiento, y un largo etcétera; en otras palabras, estamos hablando de un proceso global en los que recopilaremos *datos*, los cuales sistematizados nos proporcionarán *información*, y a través del análisis que posibilitará la infraestructura tecnológica, tanto el organismo como sus usuarios llegarán a la generación de *conocimiento*, activo fundamental del sistema de administración pública.

Y todo lo anterior nos terminará por revelar el hecho fundamental de en el siglo XXI no hay acceso a la información pública eficiente que no vaya ligada necesariamente a la gestión del conocimiento, cuestión que tiene su base en el hecho de que el derecho de acceso a la información pública no está aislado, sino que es uno de los pilares esenciales del gobierno electrónico:

1. Acceso a los contenidos y/o información del sector público,
2. Participación ciudadana para una democracia electrónica, y
3. Prestación de servicios públicos electrónicos.

Y la integración y funcionamiento efectivo de estos tres supuestos sólo son posibles de realizar con eficacia a través de infraestructuras de información y comunicación.

Pero el establecimiento de estas infraestructuras inteligentes, ¿son realmente una panacea para el derecho del acceso a la información pública? Para serlo deberían aprobar un análisis o “test de blancura” basado en una serie de preguntas muy simples en que hay que contrastar los alcances de los sistemas de información ciudadana con los principios del acceso a la información pública.

La infraestructura tecnológica y los principios

Si analizamos una plataforma tecnológica de servicios de información pública para la ciudadanía, lo primero que debemos examinar es si los sistemas de información son o no de acceso universal. O dicho de otra forma, si la implementación de sistemas de esta naturaleza restringen el acceso en atención a las características del solicitante, ya que en realidad, y de acuerdo a nuestra experiencia, no existen razones atendibles para que en el diseño lógico del sistema realice discriminaciones de este tipo ni menos aún para que inquiera sobre los motivos o razones de la consulta como condición *sine qua non* para tener acceso a la información.

Si predicamos la universalidad en el acceso, la verdad es que no vemos obstáculos a extender ese razonamiento a la contraparte, constituido por todos los requeridos de información, quienes como paso necesario para la construcción del gobierno electrónico necesitan levantar sistemas de gestión del conocimiento. ¿Deben hacerlo? Si, categóricamente, porque no sólo permite hacer efectivo el derecho (expedito) de acceso a la información, sino que en última instancia es una herramienta para conocer y medir sus alcances e impactos en el desarrollo general del país.

¿Serán sistemas de consulta sencilla, rápida y gratuita?. No existe otra posibilidad, pues los criterios rectores, la *accesibilidad* y la *usabilidad* que ya todos han oído desde hace algunos años, se han impuesto e incluso, de acuerdo a las directrices europeas²⁴⁸, son exigibles como criterio de calidad, lo que para nosotros significa que con el diseño instruccional adecuado, esto es, con una ilación lógica y estructurada de lo que se quiere mostrar en combinación con el conocimiento de la forma en que las personas buscan información, no hay obstáculos para el uso masivo de plataformas fáciles de operar, con gran velocidad de respuesta y, por supuesto, gratuitas para el usuario. Si le pidiéramos a la generalidad de los ciudadanos un elevado nivel de pericia en el manejo de sistemas de información, o el pago de un arancel por el acceso, estableceríamos barreras odiosas no sostenibles jurídicamente, pues equivaldría a elevar como principio general el que la información pública sólo está disponible para personas con calificaciones especiales o que puedan pagarla.

Ahora bien, esta accesibilidad y usabilidad, no significa abandonar al solicitante a su suerte, no sólo porque las plataformas no son perfectas, sino también porque las palabras no tienen significados unívocos, ni la población tiene un nivel de comprensión o capacidades físicas uniformes., lo que nos conduce a que estas herramientas automatizadas deben tener forzosamente sistemas de apoyo al usuario (idea también vinculada a la calidad de los servicios públicos), que en la práctica se traduce en mesas de ayuda con personal especializado.

²⁴⁸ A manera de ejemplo, la comunicación del Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2002 “*eEurope 2002: accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido*”.

Hay otro aspecto muy relevante para el derecho de acceso a la información, que es el determinar si toda la información de interés público debe estar contenida en una plataforma tecnológica y, por ende, ello implique que sea consultable. En Chile, la evolución del tema y la práctica han llevado aparejados algunos problemas, pues frente al inicial entusiasmo (“hay que publicarlo todo”), tímidamente se empiezan a esbozar algunas restricciones (“No incluyas las sanciones administrativas a funcionarios”) y luego otras más (“no incluyas la nómina de trabajadores y sus salarios”), hasta terminar con una verdadera lluvia de excepciones que se apartan de criterios de razonabilidad, tales como “no publiques la información que dan de sí las empresas que participan en las licitaciones”, “no publiques resoluciones contrarias a las políticas que ahora estamos adoptando”, y un largo etcétera.

El asunto es particularmente grave si consideramos que en Chile, como en la abrumadora mayoría de los países latinoamericanos, no existe autoridad de protección de datos personales, por lo que en principio y en nombre de la probidad y de la transparencia, pueden hacerse extremos perfectamente legales conforme a la normativa interna. De hecho, el Servicio de Registro Electoral en Chile vende los datos de los ciudadanos a la banca privada, para que estos extiendan u ofrezcan créditos no solicitados.

Lo anterior es una cuestión política y jurídica que requiere de una urgente y previa solución, pues una plataforma tecnológica de las características que reseñamos que se ajuste a la legalidad vigente, dejaría en la más absoluta de las desprotecciones a todos sus ciudadanos, quienes verían gravemente conculcados sus derechos y libertades con la misma herramienta que teóricamente haría efectivo el derecho a la información. La solución, claro está, pasa por el respeto a los principios generales de la protección de datos personales.

Pero hay más. Si nos preguntamos sobre si estas plataformas tienen la capacidad de negar el acceso a determinada información justificando las razones, la respuesta es claramente afirmativa. Todos los días nos encontramos en Internet con negativas automatizadas, e incluso fundamentadas, de acceso a información, lo que nos lleva a concluir *prima facie* que su implementación es sencilla, pero claramente ese no es el problema real.

El problema real radica en cómo puede el ciudadano o usuario apelar de estas decisiones automatizadas.

Y aquí volvemos a encontrar problemas jurídicos relevantes que la sola plataforma no puede resolver: en Chile no existen tribunales contenciosos administrativos²⁴⁹, por lo que salvo recursos administrativos ante el propio jefe del servicio a cuyo cargo está el sistema

²⁴⁹ Existe una excepción que es el sistema automatizado de compras del Estado, Chile-Compra, el cual ha establecido una especie de tribunal independiente para la resolución de conflictos entre el Estado y sus proveedores de productos y servicios.

cuya “decisión” se impugna, habrá que demandar judicialmente al Estado, por lo que los solicitantes que tengan la intención de prevalerse de su derecho deberán consumir recursos económicos y tiempo para afrontar procesos de esta naturaleza, aun cuando su eventual triunfo judicial no beneficiará a los que le sigan, por el efecto relativo de las sentencias²⁵⁰.

Hay otro elemento importante para el desarrollo de la plataforma electrónica de información, una cuestión simple de naturaleza práctica que se suele señalar como prerequisite: que los organismos del Estado pongan a disposición del público un registro con todos los documentos que posean y/o emitan. La lógica que está detrás es simple, pues se basa en que de esta forma es posible rastrear la totalidad de los documentos para su consulta. Honestamente, esa lógica es demasiado simple, pecando de deficiente: si lo que la Constitución manda es que además de los documentos y resoluciones se informe sobre los procedimientos utilizados, ello requiere necesariamente procesos previos de transparencia de la gestión del conocimiento institucional en que no nos basta que se nos señale que el documento tal o cual fue resuelto, por ejemplo, por el Director zonal de una repartición pública y que se nos informe de la decisión. Tal antecedente, globalmente considerado, es poco útil, ya sea porque sabemos que legalmente el Director “x” tiene la atribución legal de hacerlo, o porque estamos viendo en el documento algún signo identificativo del que lo suscribe. Lo que nos interesa es el proceso de decisión, porque la transparencia no está en el resultado final, en el documento signado con un número de registro, sino en la ruta que hay que seguir para llegar a ese resultado.

Poco más tengo que agregar, salvo la necesidad de dar cumplimiento a un principio general: el funcionamiento y correcta operación de los sistemas de gestión de la información para la ciudadanía requieren ser validados por órganos independientes. Faltaría vergonzosamente a los principios del acceso a la información pública si se validara a sí mismo.

Conclusión

Lo medular que me gustaría fijar en vuestra memoria sobre la interacción entre las problemáticas de la administración pública y el derecho de acceso a la información pública, es que a mi entender en las discusiones sobre los alcances y mecanismos para hacer efectivo este último se ha omitido sistemáticamente un elemento sin el cual la efectividad de este derecho es utópico.

Me refiero, desde luego, a la gestión del conocimiento, ya que a estas alturas no es sano ni serio propugnar o revitalizar la idea del derecho de acceso a la información pública sin pensar o imaginar las formas de hacerlo efectivo.

²⁵⁰ Como dato de contexto, debe tenerse presente que en el sistema democrático chileno tampoco existe la institución del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, aunque felizmente la mayoría de los países de América Latina sí los tienen.

La idea, entre romántica y decimonónica, de que un acucioso funcionario del Estado realizará investigaciones personalizadas para poder dar respuesta a los requerimientos de un ciudadano, no se condice con la realidad social, política y tecnológica y no es sostenible a mediano plazo.

Sumado a lo anterior, les invito a refocalizar las perspectivas para situar el derecho de acceso a la información pública dentro del contexto más amplio como son los esfuerzos transversales de todos los países de alcanzar una administración electrónica basada en el intercambio de flujos de datos, estructuración de información y estudio de la misma para alcanzar el conocimiento con el apoyo de sistemas automatizados.

Y si entendemos que ese es el norte de la Administración y pensamos en la forma en que llegarán a su destino, nos daremos cuenta que es un proceso que tiene mucho de tecnológico y que es plenamente convergente con el derecho de acceso a la información pública.

La convergencia, el sino de la Sociedad de la Información.

Acceso a la información. Su implementación en el Congreso Nacional de Chile

*Patricia Reyes Olmedo
Coordinadora Área Innovación de la
Biblioteca del Congreso de Chile²⁵¹.*

Democratización del acceso a la Información Legislativa. Hacia un modelo de Parlamento Digital

Si hay un espacio inabordable por la discusión teórica y/o práctica en el área del acceso a la información pública, lo constituye el acceso a la información emanada y disponibles en los Parlamentos de cada país. Quizá en la misma medida suceda con la información proveniente de otro poder del Estado, como es el Judicial, resabio seguramente de la anquilosada teoría de la división de poderes.

En efecto, al discurrir sobre el acceso a la información pública, normalmente los autores refieren a la información emanada de los órganos ejecutivos de la administración del Estado, por tanto a la información gubernamental. Y es normalmente en esta dirección en que se dirigen, tanto las miradas y voces de los críticos “militantes” del derecho de acceso, como las actitudes de los partidarios del “secretismo”, que hasta hoy impera en las conservadoras sociedades latinoamericanas.

Si bien es cierto, no hay voces en contra a que se deba considerar como información de dominio público la información de carácter intrínsecamente público, es decir, aquella producida por los poderes del Estado en el ejercicio de sus funciones, entre los que se encuentra el Parlamento, no es menos cierto que el acceso a la información de esta institución es hoy en día, en la mayoría de nuestro países, un anhelo, más que una realidad.

Estamos ciertos igualmente, que el valor público²⁵² de esta información es subestimado tanto por sus generadores, como por quienes abogan por el derecho de acceso. Es nuestra experiencia empírica, sin embargo, que hay una creciente estimación

²⁵¹ Patricia Reyes Olmedo, Coordinadora Área Innovación de la Biblioteca del Congreso de Chile. Abogada de la Universidad de Chile, MBA Universidad de Valparaíso, DEA y Doctor© Universidad Complutense de Madrid. Profesora postgrado Universidad de Valparaíso y Universidad de Chile.

²⁵² Concepto acuñado y desarrollado por Mark H. Moore, **Gestión estratégica y creación de valor en el sector público**, Barcelona, Paidós, 1998. El *Valor Público* se entiende por Moore, como la experiencia que un ciudadano tiene con una institución pública o sus representantes que considera valiosa en el sentido de aprender, fortalecer su identidad, ahorrar tiempo o dinero y finalmente sentirse gratificado.

de esta información por los ciudadanos representados en esta institución democrática, quienes están comprendiendo su real valor para el ejercicio de sus derechos, para un efectivo control ciudadano a las autoridades públicas y para el desarrollo de una activa participación ciudadana.

Consciente de esta realidad, el Congreso Nacional de Chile, a través de su Biblioteca, ha considerado relevante desarrollar acciones tendientes a concretar el principio de transparencia activa²⁵³, impulsado en el último tiempo por las principales autoridades del país. En este sentido, creemos que la concreción del proyecto de Parlamento Digital, orientado a poner a disposición de los ciudadanos la información generada en el ámbito de actividad del Congreso Nacional, de una manera sencilla, accesible, expedita, y gratuita, permitirá, sin lugar a dudas, democratizar el acceso a la información legislativa y redundará en un efectivo mejoramiento de la calidad de la democracia, producto del círculo virtuoso transparencia, control ciudadano y participación ciudadana.

Así planteado, en su visión y misión, la Biblioteca del Congreso se ha comprometido a ser un instrumento relevante para transparentar la actividad legislativa, y para ello se ha planteado la necesidad de que esta información pase a formar parte del dominio público.

Función y valor de la información de dominio público

Según Orientaciones sobre Políticas para la elaboración y promoción de información oficial de dominio público²⁵⁴, reviste el carácter de información de dominio público, por un lado, la que queda al margen del ámbito de protección legal (derechos de autor en general); y por otra parte, la información de carácter intrínsecamente público, es decir, determinados tipos de información producidos por los poderes públicos (“el estado” en sentido amplio) en el ejercicio de sus funciones y que se consideran un bien público.

De este modo, es obvio que la información producto de la actividad del Parlamento, que no está sujeta a restricción de difusión, y que ha sido financiada con recursos públicos, es de interés general y por tanto debe estar en el dominio público.

Entre las funciones y valor, atribuidos a esta información, se destaca en el mismo documento de la UNESCO:

1 La transparencia de la administración y promoción de ideales democráticos, tales como la igualdad, democracia y apertura. Cuanto mayor sea la información puesta abiertamente a disposición del público por el gobierno y sobre el

²⁵³ Refiere al principio según el cual los órganos del Estado deben dar publicidad a sus actuaciones por propia iniciativa, sin necesidad de requerimiento alguno.

²⁵⁴ Paul F. Uhler. París: UNESCO, 2004, viii, págs.; 30 cm (CI-2004/WS/5)

gobierno, menor será la probabilidad de que ese gobierno pueda ocultar actos ilícitos, corrupción y mala gestión.

- 2 El mejoramiento del bienestar social general. Con mayor información, los ciudadanos son capaces de tomar mejores decisiones sobre su vida, su entorno y su futuro.*
- 3 La promoción del capital social de cada país, pues se crean capacidades en los ciudadanos.*
- 4 El apoyo a las funciones esenciales de investigación científica y técnica. La libre disponibilidad abierta de datos científicos obtenidos mediante financiación pública y el carácter público de la información fáctica no protegida, son unas de las piedras angulares de la investigación básica.*

Interés ciudadano en la actividad del Parlamento

Según la Encuesta “Imagen del Congreso”²⁵⁵, del año 2006, y contrario a la opinión difundida por los medios de comunicación, los destinatarios de la actividad del Congreso, es decir, los ciudadanos representados en esa institución, tienen conocimiento de la institución y sus funciones y la consideran importante para su vida y para el país. Sin embargo, esos mismos ciudadano, consideran insuficiente la información disponible sobre las determinadas áreas de su interés.

Parte no despreciable de la población tiene un mediano o alto nivel de conocimiento del Congreso Nacional (4 de cada 10)	Bajo: 58% Medio: 39% Alto: 3%
Un 64% de los encuestados considera que la labor que realiza el Congreso es importante o muy importante para su vida.	Muy importante: 17% Importante: 47% Algo importante: 22% Nada importante: 14%
Un 86% de los encuestados considera que la labor que realiza el Congreso es importante o muy importante para el país	Muy importante: 30% Importante: 52% Algo importante: 14% Nada importante: 4%
En general los encuestados consideran que la cantidad de información disponible en relación a distintos aspectos del trabajo parlamentario es insuficiente	De 68% a 78%. Cómo los senadores y diputados elaboran y discuten las leyes. Insuficiente (78%) Cómo los senadores y diputados votan las leyes. Insuficiente (75%)

Según la misma encuesta, conocer el trabajo realizado por los Senadores y Diputados en sus territorios es el aspecto que genera mayor interés entre los entrevistados (43%), seguido por conocer cómo los senadores y diputados elaboran y discuten las leyes (37%).

²⁵⁵ Realizada por Datavoz, por encargo de la Biblioteca del Congreso, enero 2006. Encuesta a 1201 personas de 134 comunas de todo el país.

Participación ciudadana y transparencia legislativa

No obstante el interés manifestado por los ciudadanos, el Observatorio Parlamentario²⁵⁶, en su Balance Anual al Poder Legislativo, año 2006²⁵⁷, constató la escasa posibilidad de participación ciudadana que contempla la tramitación de una ley, y la dificultad de acceso a determinada documentación de la actividad legislativa.

De acuerdo al informe, en primer lugar, la ciudadanía no puede presentar proyectos de ley, dado que la legislación chilena no admite la iniciativa popular de ley. A ello se agrega la inexistencia de mecanismos formales que garanticen, promuevan y/o permitan dicha participación. La Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional²⁵⁸, contempla una posibilidad limitada de participación ciudadana en las comisiones de trabajo legislativo²⁵⁹, ya que no hay convocatoria pública ni está consagrado el derecho a ser oído por parte de quienes tienen algo que decir respecto de proyectos de ley en trámite. Son las propias comisiones las encargadas de definir si invitan o no a organizaciones de la sociedad civil a exponer sus puntos de vista sobre un proyecto de ley, y por ello esta instancia se da excepcionalmente.

Por otro lado, existen dificultades en el acceso a la información sobre los debates, argumentos y posturas parlamentarias. Esto se debe principalmente a la falta de publicidad de los debates en las comisiones de trabajo legislativo: no existen actas que recojan lo debatido en cada una de las sesiones, sino únicamente el informe que produce la comisión al finalizar el estudio del proyecto.

Estatuto de la transparencia del Congreso Nacional

En el ámbito nacional, y referido al Congreso Nacional, las bases jurídicas que sustentan la publicidad de su actuación se encuentran fundamentalmente en el principio constitucional de publicidad de los actos del Estado y en disposiciones contenidas en su

²⁵⁶ Creado el año 2006 bajo la coordinación de Corporación Humanas e integrado por Oxfam, la Universidad Diego Portales, la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez, Corporación Participa y Fundación Ideas, con el objetivo de informar a la ciudadanía sobre el desempeño de sus representantes en el Congreso Nacional, fortalecer la relación entre representantes y representados, e incidir en la aprobación de proyectos de ley relevantes.

²⁵⁷ Período marzo 2006-enero 2007. Base de información, páginas web Cámara y Senado de la República.

²⁵⁸ Ley N° 18.918. Ver texto completo en: <http://sil.congreso.cl/docsil/proy4166.doc>

²⁵⁹ Artículo 22 Ley N° 18.918. “Las comisiones reunirán los antecedentes que estimen necesarios para informar a la corporación. Podrán solicitar de las autoridades correspondientes la comparecencia de aquéllos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen conveniente”.

Ley Orgánica Constitucional, en actual revisión²⁶⁰. Se encuentra en tramitación igualmente un Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública²⁶¹ que recoge entre sus disposiciones algunas normas aisladas sobre el acceso a la información del Congreso Nacional. Como se observó anteriormente, la escasa reflexión en esta materia en lo que se refiere a órganos no gubernamentales, se refleja también en el escaso desarrollo y debate normativo a su respecto.

La reforma constitucional del año 2005 introdujo a la Carta Fundamental²⁶², un nuevo artículo 8° que establece:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

De acuerdo con esta nueva norma, se consagra a nivel constitucional el Principio de publicidad de los actos, documentos y procedimientos de los órganos del Estado, incluido el Parlamento. Es preciso hacer notar que esta disposición no reconoce el derecho de acceso, que la doctrina sigue deduciendo de la garantía de libertad de expresión²⁶³, consagrada como derecho fundamental en la Constitución Política.

La Ley Orgánica del Congreso Nacional, reformada al efecto por la Ley 19653, en 1999, dispone en el artículo 5° A:

“Los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia, en los términos que señalen la Constitución Política, esta ley orgánica constitucional y los reglamentos de ambas Cámaras.

El principio de probidad consiste en observar una conducta parlamentaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función, con preeminencia del interés general sobre el particular.

El principio de transparencia consiste en permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten”.

En el Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública, cuyo objetivo es “salvar las restricciones del acceso a la información pública mediante el establecimiento de una

²⁶⁰ Boletín N° 3962. Ver texto completo en: <http://sil.congreso.cl/docsil/proy4358.doc>

²⁶¹ Boletín N° 3773. Ver texto completo en: <http://sil.congreso.cl/docsil/proy4166.doc>

²⁶² Ver texto completo en: <http://www.bcn.cl/leyes/pdf/actualizado/242302.pdf>

²⁶³ Artículo 19 N° 12.

regulación que garantice a todos los ciudadanos el derecho a ejercer efectivamente dicho acceso en los órganos de los Poderes del Estado”, se contiene igualmente disposiciones referidas a la información del Congreso Nacional.

A su respecto, se consagra la publicidad de todos los actos, salvo sesiones que cumplan las siguientes condiciones:

1. Presidente de la República solicitó secreto, y referidas a: temas de conducción política con potencias extranjeras y organismos internacionales, y negociaciones relativas a concluir, firmar y/o ratificar tratados internacionales.
2. Declaradas secretas por Presidente Cámara respectiva cuando documentos que hayan de ser vistos incidan en causal de reserva o secreto, de acuerdo con el artículo 8º de la Constitución.
3. Pueden afectar derechos personas, por ejemplo: rehabilitación de ciudadanía, otorgamiento nacionalidad por gracia y nombramientos.

Hacia un Parlamento Digital. Transparencia de la Información Legislativa

La implementación de acciones tendientes a cumplir con las legítimas expectativas de los ciudadanos en términos de transparencia de la actividad del Congreso Nacional, constituye un fuerte desafío para las actuales autoridades de ambas Corporaciones (Senado y Cámara de Diputados) y para la Biblioteca del Congreso, como órgano de asistencia técnica.

Es claro que la demanda de transparencia se enfoca tanto a lo referido al funcionamiento del Congreso Nacional, como al desarrollo y resultado de la actividad legislativa.

En el ámbito del funcionamiento del Congreso Nacional, podemos observar en el último año (2007) importantes avances en materia de transparencia. Ambas Cámaras inauguraron en sus respectivos sitios web secciones destinadas a hacer transparente su accionar y documentación administrativa.

En [Senado Transparente](#), encontramos información sobre contratos, licitaciones, concursos, presupuesto y gastos del Senado, y también sobre remuneraciones, votaciones, asistencia y viajes de los miembros Senadores.

En [Cámara Transparente](#), encontramos información sobre los ingresos y gastos de la Corporación, como las declaraciones de intereses, patrimoniales e incluso la nómina de asesores de cada Diputado.

No obstante estos importante avances, hay aún fuertes desafíos en el ámbito de la transparencia y acceso a la información del desarrollo y resultado de actividad legislativa, que como señaláramos es uno de los ámbitos hacia donde se dirige una buena parte de la demanda ciudadana. Nos referimos en general a la información generada por el trabajo de los parlamentarios, sus asesores, incluyendo el órgano colegislador, durante el proceso de formación de la ley.

Hacer efectivo este desafío significa, en concepto de la Biblioteca del Congreso, desarrollar entre otras acciones las siguientes:

- 1 Dar acceso a la documentación producto del debate en Comisiones, hasta hoy espacio marcado fuertemente por la opacidad.
- 2 Acceso eficaz a Diario de Sesiones. Si bien es cierto se cuenta con esta información en los sitios de ambas Cámara, la consulta y recuperación de información desde ellos carece de estándares mínimos de accesibilidad y usabilidad que permitan su utilización por usuarios no especialistas. Es preciso igualmente desarrollar sistema que permitan disponer en línea de los subproductos Historia de la Ley²⁶⁴ y Trabajo Parlamentario²⁶⁵.
- 3 Difusión comprensible del estado de tramitación de los proyectos de ley. Incorporar herramientas de búsqueda y recuperación de información que permitan un acceso expedito y una recuperación eficaz por cualquier ciudadano.
- 4 Difusión comprensible de la ley aprobada. La generación de guías y folletos de la ley en lenguaje sencillo.
- 5 Integración de la información legislativa que se produce en otros órganos colegisladores y de aplicación. Es relevante, no solo para los operadores jurídicos, sino especialmente para los ciudadanos sometidos a la voluntad de la ley, disponer de la posibilidad de navegar en forma transparente hacia información disponible en otros sistemas que pudiese permitir comprender su aplicación, por ejemplo acceder desde el texto de la ley a los proyectos en tramitación que la modifican o a los fallos judiciales que la han aplicado.
- 6 Dar cuenta anual del trabajo legislativo del Congreso Nacional.

²⁶⁴ Antecedentes fidedignos del establecimiento de la ley que colaboran con el intérprete u operador legal al permitir desentrañar cuál fue el espíritu del legislador que guio su decisión normativa.

²⁶⁵ Actividad desarrollada por el parlamentario en el ejercicio de su función. Refiere su trabajo legislativo (presentación de mociones, intervenciones en sala y en comisión, presentación de indicaciones, votaciones, asistencia, etc.), fiscalizador (peticiones de oficio, intervenciones en comisiones investigadores, etc.) y de representación (intervenciones en hora de incidentes, homenajes, recepción de visitas, viajes, etc.).

Habiendo señalado los desafíos pendientes en la instalación de nuestro Parlamento Digital, no podemos dejar de destacar igualmente los importantes avances logrados para poner este tipo de información en el dominio público. Al respecto referimos:

- 1 Acceso a los textos de las leyes chilenas²⁶⁶, en sus versiones originales y actualizadas, en forma completamente gratuita. Más de 200.000 mil normas en texto completo, con un sistema de búsqueda y recuperación que permitirá a los ciudadanos conocer la ley vigente en Chile.
- 2 Acceso a la tramitación de los proyectos de ley²⁶⁷, desde el año '90 en adelante. Ellos cuentan con un sistema de recuperación por materia pues entendemos que los ciudadanos no tienen por qué conocer el número de boletín o el número de ingreso con que la oficina de partes designa ese proyecto. Nadie debe tener esa obligación.
- 3 Dossier de Historia de la Ley²⁶⁸, que recoge la documentación relevante del proceso de su formación. Se omiten los antecedentes meramente administrativos del procedimiento.
- 4 Boletín de actualidad legislativa²⁶⁹, en el que se informa quincenalmente a más de 20.000 suscriptores en todo el país, de cuáles son los proyectos que han ingresado al Congreso Nacional, cuáles son las leyes que han sido aprobadas por el Congreso Nacional y cuáles son los puntos más destacables de esas leyes.
- 5 Distribución de las leyes a los portales de los sitios de las instituciones públicas. Esto permite que los usuarios de esos portales cuenten con la información actualizada y para es Estado un importante ahorro de recursos, evitando la duplicación de esfuerzos.

Como se observa el proyecto Parlamento Digital no pretende otra cosa que poner en dominio público y dar acceso efectivo a la información producida en el ejercicio de las funciones del Congreso Nacional, la que pertenece y debe estar disponible para los ciudadanos.

²⁶⁶ Ver Ley Chilena en: <http://www.bcn.cl>

²⁶⁷ Ver Proyectos de Ley en: <http://www.bcn.cl>

²⁶⁸ Ver Historia de la Ley en: <http://www.bcn.cl>

²⁶⁹ Ver Boletín Legislativo en: <http://www.bcn.cl>

Normas y casos sobre libre acceso de los ciudadanos y de los medios de comunicación a las fuentes de información pública

*Dr. Damián Loreti
Vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires- Argentina*

Es recién desde hace algunos años, aunque no demasiados, que el derecho de acceso a la información se ha transformado en un tema de la agenda pública en la Argentina.

En nuestro sistema político federal, han sido ciertas provincias²⁷⁰ las que han tomado la iniciativa, aunque ceñiremos esta presentación a las alternativas de las normas de alcance nacional.

Desde este plano: ¿qué nos dice la Constitución – que fuera reformada en 1994- respecto a actos de gobierno, información del Estado y derecho a estar informados?

En primer lugar: el artículo primero de la Constitución define la nuestra forma de gobierno la forma republicana, es decir que el principio de la publicidad de los actos de gobierno está en la definición inicial, primera, de nuestra carta magna.

Esta toma de posición por los constituyentes significa, por varias razones, el principio de transparencia en la toma de decisiones y el principio de la difusión de los actos de gobierno.

De ahí la obligatoriedad, por ejemplo, de la publicación previa en el Boletín Oficial de cualquier norma para que se torne obligatoria su aplicación y ejecución.

Otros artículos que influyen de modo destacado en el tema que nos interesa son: el artículo 14 que garantiza la libertad de publicar ideas por la prensa sin censura previa; el artículo 32, por el que el Congreso Nacional queda inhibido de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, además de poseer otra parte relacionada con el impedimento a establecer la jurisdicción federal; el artículo 33 que habla en general del respeto a los derechos implícitos, que son aquellos que si bien la Constitución no establece de modo escrito, surgen del principio republicano de gobierno y de la soberanía del pueblo.

Esto respecto a la Constitución que existía hasta la reforma de 1994.

²⁷⁰ Como por ejemplo las leyes 1829 de la provincia de Río Negro, publicada en el Boletín Oficial provincial de fecha 05/07/1984, 3764 de la provincia de Chubut, publicada en el Boletín Oficial provincial de fecha 06/11/1992, 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 19 de noviembre de 1998. Provincia de Buenos Aires (leyes 11.723 y 12.475), de la Provincia de Córdoba (ley 8803)

La reforma constitucional incorporó en el plano de lo que hace a la libertad de información en general y al tema de la actividad periodística en particular, algunas inclusiones de fundamental importancia.

Primero es menester señalar que se incorporó a la misma con su mismo rango a los pactos internacionales de derechos humanos y que - por vía jurisprudencial - se reconocen como precedentes a las interpretaciones de los organismos respectivos de los sistemas interamericano o internacional.

Además de estos pactos, fue incorporado un nuevo art. 38 que reconoce el derecho de los partidos políticos a la información. Tanto a informar cuanto a acceder a la información necesaria para su gestión.

Es ciertamente curiosa la situación. La Constitución reconoce estos derechos a los partidos políticos pero no tiene una norma propia similar dirigida a los ciudadanos en particular o a los habitantes en general, aunque exista por remisión a los pactos incorporados. En tal sentido los arts. 19 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y 13 de la Convención Americana son las piedras de toque, sobre todo por la interpretación auténtica realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000 en su Declaración sobre Principios de Libertad de Expresión.²⁷¹

Incorporó también la reforma en el artículo 43 lo que se dio en llamar "Habeas Data", pero no en el sentido de información pública, sino como el derecho de cada persona de, mediante la utilización de una acción de amparo (mecanismo procesal para reclamar por derechos constitucionales, que pueden ser violados de modo inminente o bien que hubieran sido violados tanto contra el Estado como por particulares) acceder, modificar o requerir la confidencialidad de datos propios en manos de bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. La ley sobre funcionamiento de los bancos de datos y de las acciones relativas a ellos ha sido sancionada sobre fines del año 2001.

En la última parte del artículo 43 se incluye la indemnidad de las fuentes de información periodística.

Otras incorporaciones importantes, bastante vinculada a la actividad del Estado, se dan en los artículos 41 y 42 .

Por el primero se obliga al Estado, por primera vez en la Constitución y reconociéndoselo como emisor de información, a brindar información relacionada con el medio ambiente, para garantizar el -también recientemente incorporado - principio constitucional, de que todo el mundo tiene derecho a vivir en un ambiente sano.

²⁷¹ El principio cuarto indica que "El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

Para ello el constituyente compromete al Estado a proveer a la educación y la información ambiental para que ello se concrete. Esto obviamente incide sobre la obligación del Estado de informar sobre aquellas cuestiones vinculadas al impacto ambiental, entre otros casos.

Sobre este tópico tiempo más tarde se ha hecho cargo la ley de Presupuestos Mínimos ambientales²⁷²

Otro principio de la libertad de información, aunque menos vinculada con la actividad del Estado, por lo menos en principio, es lo que garantiza a usuarios y consumidores a contar con una información adecuada y veraz respecto del producto o servicio que van a consumir. Ello está establecido en el artículo 42 C.N.

Lo que no aparece en la Constitución y tampoco aparece en la gran mayoría de las Constituciones, caso la española, o la estadounidense, son principios constitucionales que tiendan a limitar estos derechos por razón de Estado.

La única eventualidad que podría prever la Constitución se da en el artículo 28, que determina el principio que todos los derechos pueden ser objeto de reglamentación pero en la medida que esta reglamentación no desnaturalice el principio general, aquello para lo cual han sido concebidos.

En materia de legislación propiamente dicha, aún no hay en el derecho positivo federal argentino.

La ley de radiodifusión No. 22.285 establece la obligación de la autoridad de aplicación respecto a la difusión pública del estado de otorgamiento de las licencias y frecuencias existentes. Sin embargo, más allá de que esta norma no tiene cumplimiento sistemático sino que lo que se difunden son los actos administrativos de adjudicación o autorización de transferencias accionarias, este mismo organismo fue condenado por el rechazo de una sanción basada en una resolución que no tuvo publicación previa en el Boletín Oficial²⁷³, aunque también fue el primero en aplicar la Convención Americana de Lucha contra la Corrupción al permitir la apertura completa de los expedientes por los que tramitaron más de cuatrocientas adjudicaciones de licencias para explotación de radios FM y que fueron publicadas en diciembre de 1999²⁷⁴

Otro ejemplo es la llamada de convertibilidad fiscal lo que algunos consideramos el derecho de acceso a la información por parte de los acreedores del estado. Lo malo del

²⁷² EL Principio N° 10 de la Declaración de Río de 1992 dispone que “toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas

²⁷³ Autos “Gartner, Angel Eduardo c/ Comité Federal de Radiodifusión R. N° 960/961/962/963/96”,

²⁷⁴ Res. 1364/CFR/99.

caso, es que la puesta en práctica de ese derecho de ve violentado por el propio poder Ejecutivo al vetar la inserción de la información en plataformas digitales.

ARTICULO 8º (ley)25.152 — La documentación de carácter físico y financiero producida en el ámbito de la Administración Nacional y que se detalla a continuación, tendrá el carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla:

a) Estados de ejecución de los presupuestos de gastos y del cálculo de recursos, hasta el último nivel de desagregación en que se procesen;

b) Órdenes de compra, todo tipo de contratos firmados por autoridad competente, así como las rendiciones de fondos anticipados;

c) Órdenes de pago ingresadas a la Tesorería Nacional y al resto de las tesorerías de la Administración Nacional;

d) Pagos realizados por la Tesorería Nacional y por el resto de las tesorerías de la Administración Nacional;

e) Datos financieros y de ocupación del Sistema Integrado de Recursos Humanos que administra la Secretaría de Hacienda, sobre personal permanente, contratado y transitorio, incluido el de los proyectos financiados por organismos multilaterales;

f) Listado de beneficiarios de jubilaciones, pensiones y retiros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad;

g) Estado de situación, perfil de vencimientos y costo de la deuda pública, así como de los avales y garantías emitidas, y de los compromisos de ejercicios futuros contraídos;

h) Listados de cuentas a cobrar;

i) Inventarios de bienes inmuebles y de inversiones financieras;

j) Estado del cumplimiento de las obligaciones tributarias, previsionales y aduaneras de las sociedades y las personas físicas ante la Administración Federal de Ingresos Públicos conforme a la reglamentación que ella misma determine;

k) Información acerca de la regulación y control de los servicios públicos, obrante en los entes reguladores y de control de los mismos;

l) Toda la información necesaria para que pueda realizarse el control comunitario de los gastos sociales a los que se refiere el artículo 5º, inciso b), de la presente ley. La información precedente será puesta a disposición de los interesados por el señor Jefe de Gabinete de Ministros;

m) Toda otra información relevante necesaria para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del sistema nacional de administración financiera y las establecidas por la presente ley.

Lo lamentable del caso es que aunque la ley determinaba que esa información debía ser puesta a disposición de los interesados en forma inmediata, a su requerimiento o mediante la autorización al libre acceso a las respectivas plataformas informáticas, en un plazo máximo de un año contado a partir de su promulgación de la presente ley, ese tópico fue Observado por el Art. 6º del [Decreto Nacional N° 1017/99](#) B.O. 21/9/1999)

Por cumplimiento del art. 36 de la Constitución se ha promulgado también la LEY DE ÉTICA PÚBLICA 25.188, cuyo articulado expresa:

ARTICULO 6º — La declaración jurada deberá contener una nómina detallada de todos los bienes, propios del declarante, propios de su cónyuge, los que integren la sociedad conyugal, los del conviviente, los que integren en su caso la sociedad de hecho y los de sus hijos menores, en el país o en el extranjero. En especial se detallarán los que se indican a continuación:

- a) Bienes inmuebles, y las mejoras que se hayan realizado sobre dichos inmuebles;*
- b) Bienes muebles registrables;*
- c) Otros bienes muebles, determinando su valor en conjunto. En caso que uno de ellos supere la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000) deberá ser individualizado;*
- d) Capital invertido en títulos, acciones y demás valores cotizables o no en bolsa, o en explotaciones personales o societarias;*
- e) Monto de los depósitos en bancos u otras entidades financieras, de ahorro y provisionales, nacionales o extranjeras, tenencias de dinero en efectivo en moneda nacional o extranjera. En sobre cerrado y lacrado deberá indicarse el nombre del banco o entidad financiera de que se trate y los números de las cuentas corrientes, de cajas de ahorro, cajas de seguridad y tarjetas de crédito y las extensiones que posea. Dicho sobre será reservado y sólo deberá ser entregado a requerimiento de la autoridad señalada en el artículo 19 o de autoridad judicial;*
- f) Créditos y deudas hipotecarias, prendarias o comunes;*
- g) Ingresos y egresos anuales derivados del trabajo en relación de dependencia o del ejercicio de actividades independientes y/o profesionales;*
- h) Ingresos y egresos anuales derivados de rentas o de sistemas previsionales. Si el obligado a presentar la declaración jurada estuviese inscripta en el régimen de impuesto a las ganancias o sobre bienes personales no incorporados al proceso económico, deberá acompañar también la última presentación que hubiese realizado ante la Dirección General Impositiva;*
- i) En el caso de los incisos a), b), c) y d), del presente artículo, deberá consignarse además el valor y la fecha de adquisición, y el origen de los fondos aplicados a cada adquisición.*

ARTICULO 10. — El listado de las declaraciones juradas de las personas señaladas en el artículo 5° deberá ser publicado en el plazo de noventa días en el Boletín Oficial.

En cualquier tiempo toda persona podrá consultar y obtener copia de las declaraciones juradas presentadas con la debida intervención del organismo que las haya registrado y depositado, previa presentación de una solicitud escrita en la que se indique: a) Nombre y apellido, documento, ocupación y domicilio del solicitante; b) Nombre y domicilio de cualquier otra persona u organización en nombre de la cual se solicita la declaración; c) El objeto que motiva la petición y el destino que se dará al informe; y d) La declaración de que el solicitante tiene conocimiento del contenido del artículo 11 de esta ley referente al uso indebido de la declaración jurada y la sanción prevista para quien la solicite y le dé un uso ilegal.

Las solicitudes presentadas también quedarán a disposición del público en el período durante el cual las declaraciones juradas deban ser conservadas.

ARTICULO 11. — La persona que acceda a una declaración jurada mediante el procedimiento previsto en esta ley, no podrá utilizarla para:

- a) Cualquier propósito ilegal;*
- b) Cualquier propósito comercial, exceptuando a los medios de comunicación y noticias para la difusión al público en general;*
- c) Determinar o establecer la clasificación crediticia de cualquier individuo; o*
- d) Efectuar en forma directa o indirecta, una solicitud de dinero con fines políticos, benéficos o de otra índole.*

Todo uso ilegal de una declaración jurada será pasible de la sanción de multa de quinientos pesos (\$ 500) hasta diez mil pesos (\$ 10.000). El órgano facultado para aplicar esta sanción será exclusivamente la Comisión Nacional de Ética Pública creada por esta ley. Las sanciones que se impongan por violaciones a lo dispuesto en este artículo serán recurribles judicialmente ante los juzgados de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal.

La reglamentación establecerá un procedimiento sancionatorio que garantice el derecho de defensa de las personas investigadas por la comisión de la infracción prevista en este artículo.

ARTICULO 12. — Aquellos funcionarios cuyo acceso a la función pública no sea un resultado directo del sufragio universal, incluirán en la declaración jurada sus antecedentes laborales al solo efecto de facilitar un mejor control respecto de los posibles conflictos de intereses que puedan plantearse.

En base a este articulado se ha resuelto un caso jurisprudencial al que nos habremos de referir más adelante.

También el estatuto del periodista (ley 12.908) reconoce en el art. 13 inc. B) el acceso de los periodistas a las fuentes de información de carácter público o a los sitios en los que ocurrieren eventos de interés público o estuvieren sujetos a régimen estatales.

En ese plano legislativo, y en referencia directa a la información clasificada o reservada, existen dos artículos expresos en el Código Penal vinculados con este tema y una ley que es la 13.985.

En el caso de los artículos 222 y 223 del Código Penal, se prevé, a grandes rasgos, la posible pena de prisión para aquel que revele o aquel que buscare información o secretos de Estado vinculados con las relaciones exteriores, la seguridad nacional y la defensa exterior, o la defensa nacional.

Estas tipificaciones están en el primer y segundo párrafo del artículo 222, (el último párrafo de este artículo se refiere a la deshonor de símbolos nacionales) Por su parte, el artículo 223 preve también la sanción penal para aquel que por negligencia facilite la comisión de ese tipo de actos, es decir, de la revelación o de la obtención.

En cuanto a ley 13.985, que podría titularse como la ley que preve o sanciona los atentados contra la seguridad de la Nación, tiene algunas normas vinculadas con los secretos de Estado.

Por ejemplo, el artículo 2 condena con hasta 10 años de prisión al que procurare, buscare, revelare, remitiere o aprovechara noticias, documentos, informaciones, objeto de orden político, social, militar o económico, que deben permanecer secretos en función de la seguridad, la defensa o las relaciones exteriores de la Nación, que contiene términos similares al artículo 222.

Lo que ocurre en particular es que había un artículo en esta ley, que era el artículo 6, que castigaba o podía involucrar a la actividad periodística pudiendo condenar hasta 4 años de prisión a aquel que sin autorización entregue, remita, comunique, publique o difunda datos económicos, políticos, militares, financieros o industriales que no estén destinados a su publicación o divulgación y de los cuales haya tenido conocimiento o se le hubieren confiado en razón de su empleo, función, estado o misión.

Este artículo fue derogado en la misma oportunidad que se derogó el artículo 244 que era el que en el Código Penal establecía el delito de desacato. Por esta razón se puede dar un cruce de opiniones jurisprudenciales en función de cual figura prevalece, si el artículo 222 que castiga la búsqueda o el tratar de obtener secretos de Estado o, por ser específico, este artículo 6 que al ser derogado determina que ciertas actividades han dejado de ser delito.

También hay sentencias sobre estas temáticas en nuestro país. Baste recordar la existencia de un fallo del fuero contencioso administrativo por el que se concede a particulares derecho a la información sobre estadísticas policiales

La Juez a cargo del Juzgado nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo No. 5 de la Ciudad de Buenos Aires concedió un recurso de amparo a Sofía Tiscornia, como representante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) contra la Policía Federal.

En febrero de 1996, el CELS solicitó a la Policía Federal la extensión de la nómina de policías caídos en el cumplimiento del deber entre 1989 y 1995. Además, requería las estadísticas e informes ligados a los detenidos por averiguación de antecedentes en el mismo período.

Al no obtener respuesta, se solicitó pronto despacho que no fue atendido. Por tal motivo, el CELS promovió acción de amparo por la violación al derecho constitucional a la información y justificando la solicitud en la existencia de un subsidio internacional destinado a financiar investigaciones de esa ONG sobre el estado de la seguridad en las ciudades.

En base a la ley de amparo, la juez ordenó a la Policía Federal que informara sobre las causas de la negativa o a cumplir con la requisitoria.

Policía Federal cumplió, aunque sólo en parte. Por tal motivo, las actuaciones siguieron su curso.

Sin entrar a considerar aspectos técnicos sobre los que abunda la sentencia como respuesta a observaciones formales realizadas por la demandada, corresponden ser mencionadas las siguientes consideraciones del texto de la sentencia:

En el caso " ... estamos en presencia de una norma de raigambre constitucional que faculta la garantía de acceso a la información pública y que este libre acceso a las fuentes se patentiza en fuentes de origen públicas, a fin de que la sociedad ejerza el control pertinente. Solamente encuentra alguna limitación en las instituciones privadas y por supuesto - respecto a las públicas - cuando están comprometidos los derechos de los particulares o la defensa nacional".

" ... este derecho de acceder a la información lo tienen también la prensa y los órganos de control (Auditoría General de la Nación, Defensor del Pueblo, Ministerio Público, etc. y todo aquel ciudadano interesado en los asuntos públicos. Lo dicho no es más que la aplicación directa del principio republicano de los actos de gobierno".

"... Encuentro que la actora, ante el avasallamiento de los derechos constitucionales no tuvo opción, debiendo recurrir por vía de amparo para hacer valer sus derechos de forma tal que, en la especie, la Policía Federal Argentina deberá atender los pedidos de información faltante, conforme haber quedado demostrado que ha incumplido en el deber de información".

Finalmente, falla a favor de los requirentes ordenando a la Policía Federal cese en la actitud renuente de brindar información a los actores. Esta resolución fue confirmada por

la Excm. Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso y rechazado el recurso extraordinario.

Ya fuera del secreto de Estado en sus términos políticos, también hay otro tipo de información que puede estar vedado o frente al que el Derecho a la Información se ve disminuido que está vinculado a las causas judiciales y el acceso del público a ellas, tema hoy bastante de moda con los juicios difundidos por TV.

El secreto de sumario ha determinado tanto para las partes como para terceros, en el artículo 204 del Código Procesal Penal, y la violación del secreto de sumario está penada.

Respecto a la actividad judicial y al periodismo, lo que existe a nivel nacional es el Reglamento para la Justicia Nacional cuyos artículos 63 y 113 le habilitan a los periodistas la posibilidad de acceder a los expedientes cuando hubieran tenido sentencia definitiva.

En los ámbitos de la Justicia Civil, está prohibida la difusión de los nombres de los temas familiares y en todos los casos los episodios vinculados con menores, por una ley especial que es la ley de minoridad 10903.

Estos principios recién mencionados del artículo 63 y su similar 113 del Reglamento de la Justicia Nacional tuvo una actualización hace poco tiempo vinculado a la investigación periodística que estaba haciendo un reportero sobre una causa en la que había un sobreseimiento provisional.

La causa se había archivado, no había procesados y el periodista Monzón estaba requiriendo la causa en el Juzgado.

El periodista solicitó tener acceso al expediente, la Justicia se lo denegó por no ser parte, en cumplimiento del artículo 113 que habla de que los periodistas acceden a los expedientes una vez que tienen sentencia firme.

La Cámara volvió a negarle el derecho porque no era parte en el expediente y no había sentencia definitiva.

Finalmente, la Corte Suprema estableció que podía plantearse un exceso de formalidad en este plano, porque la causa estaba archivada desde hace mucho tiempo y no tenía actividad procesal y lo reenvió a la Sala sexta. La Sala sexta permitió el acceso al expediente aceptando el principio de que cuando no hubiera actividad procesal destacada, de modo tal que la actividad periodística pudiera afectar la investigación, tenían acceso al expediente aunque no estuviera terminado.

En similares circunstancias, en la causa “Juez Instrucción - Federal Dr. Navarro s/ Publicación Matutino Hora Cero el 5/11/98 s/ apellido víctima de violación”, a solicitud de la solicitud elevada por el Sr. Fiscal Adjunto del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos y de la consecuente comunicación elevada por V.E. al Sr. Jefe de Policía de la Provincia resulta ser que los profesionales de la prensa encontrarán respecto de la

totalidad de los funcionarios policiales, en cada uno de los casos en que intervengan en el desarrollo de la “prevención sumarial” , un cerrado silencio.

Sin distinción de grados, jerarquías o materias, en la medida en que existe una orden impartida por vía de superintendencia para concitar a los preventores para que por ningún concepto y bajo ningún supuesto divulguen noticias referidas a un sumario en trámite sin autorización del juez interviniente.

Esta resolución fue cuestionada mediante la interposición de un “memorial en derecho” por el Sindicato de Prensa de Entre Ríos, por la que se reclama la revisión de la decisión, en la medida en que si la medida debe aplicarse a todos los actos de prevención se excedería largamente de a:) los temas referidos a la intimidad o a la vida privada. b) aquellas cuestiones en las que no peligre el éxito de la investigación.

Por otra parte, se arguye que se estaría echando por la borda la doctrina sentada por la CSJN en el caso Campillay, Granada y Triaca en los que se ha sentado que se impone “propalar la información atribuyendo su contenido directamente a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito”, ésto último cuando no se tuviera confirmación oficial de la responsabilidad de los citados.

Circunstancias similares emergen de la aún existente acordada de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe que establece principios de limitación de acceso de los periodistas a acceder a información de primera mano de los Jueces por declaraciones espontáneas y de primera mano; como también surgen de reglamentaciones del Tribunal Superior de Justicia de Santiago del Estero que también mantiene una vieja acordada que prohíbe a los jueces tomar contacto con la prensa para formular declaraciones sobre las causas, sin previa autorización del superior jerárquico.

También merece ser citada la ACORDADA 1/2000 DE LA CORTE SUPREMA que exime a los jueces del cumplimiento de la ley de ética pública a la par que la CSJN ha garantizado reiteradamente el derecho a acceder a informaciones judiciales y a difundirlas en materias tales como las tratadas en el fallo “Acuña” recaído en causa “A 200/96”.

Otro caso relevante es el fallo que revoca el procesamiento de Marcelo Bonelli:

Marcelo Bonelli fue procesado como responsable de divulgación de secreto fiscal por la nota realizada respecto a la declaración de bienes de Víctor Alderete, interventor estatal en el servicio de atención social a los jubilados a pensionados.

La ley de ética pública exigía que los funcionarios obligados a presentar declaración jurada cuando estuviesen inscriptos en el régimen de impuesto a las ganancias o sobre bienes personales no incorporados al proceso económico, por que deberá acompañar también la última presentación que hubiese realizado ante la Dirección General Impositiva; Además el artículo, obliga a consignar el valor y la fecha de adquisición y el origen de los fondos aplicados a cada una de ellas.

El periodista informó que la declaración jurada del funcionario estaba sometida a examen de revisión por la DGI y daba a publicidad parte de las críticas que recibía en el dictamen.

El funcionario lo denunció penalmente al periodista por revelación de secreto fiscal.

La existencia de la ley de ética pública inhabilitaba cualquier presunción destinada a soportar que los términos de la declaración jurada de un funcionario fuera “secreto fiscal”. Sin embargo fue procesado en primera instancia.

En la apelación se planteó que no sólo un periodista profesional –que de por sí se encontraría habilitado a acceder a una fuente pública de información por virtud del art. 13 inciso b) de la ley 12.908 – sino cualquier habitante de la Nación podría acceder a los datos publicados por Bonelli.

Con fundamentos de ese tenor, el 17 de julio de 2001, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional hizo lugar a la apelación interpuesta por Bonelli y revocó el procesamiento.

Entre los fundamentos más destacados se deben consignar: “... *la libertad de prensa ha sido prevista e interpretada desde distintos ámbitos con gran amplitud, y siempre tendiendo a proteger un interés mayor que la propia privacidad, cual es, si bien con ciertos límites, el derecho de la comunidad a estar informados en cuestiones que hacen a la opinión pública*”.... “ *garantizar la confidencialidad de los datos aportados por los obligados tributarios ... parece razonable en relación a aquellos funcionarios y empleados vinculados con la recepción, manejo y elaboración de la información pero no a cualquier tercero.....ello es más evidente aún si –como en este caso- pretende abarcarse con la misma prohibición a los periodistas, puesto que su tarea propia y específica de la profesión es la de dar y recibir información.....*”

“*Nótese que no se trataba de datos carentes de interés público, pues no sólo se refería a cuestiones patrimoniales de un funcionario público que manejaba parte del dinero aportado del presupuesto nacional, sino que involucraba cuestiones estrictamente relacionadas con tal aspecto durante los años que ejerciera su función*” “*adquieren relevancia las particulares circunstancias verificadas, desde que uno de los temas que se encontraba latente en la sociedad era precisamente el relativo al desempeño del denunciante (Alderete) mientras se encontraba al frente de una repartición pública, todo lo que permite apreciar la oportunidad y vigencia social de la información difundida*”.

Finalmente, se revoca el procesamiento “con fundamento en ese interés superior que tiende a fortalecer el sistema democrático y sus instituciones, asentado en la necesaria discusión de las cuestiones que hacen al interés de la opinión pública y que protege el derecho a la información que asiste a la comunidad”.

El punto 4 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la CIDH expresa que

“Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. “

Otros casos también destacados son los promovidos por Poder Ciudadano al Senado de la Nación o el llamado caso Lois, vinculado éste último a la preservación de la información explícita o implícita que exista en el estado, decretándose la nulidad del decreto por el que ordenaba la demolición del edificio de la Escuela de Mecánica de la Armada. La Corte confirmó el fallo por el que se resolvió que “el amparo debía prosperar en protección del derecho de esclarecer la verdad de lo sucedido en el edificio donde funcionó la Escuela y conocer así el destino de las personas desaparecidas en ese ámbito”.²⁷⁵

En el Uruguay hay un caso reconocido (“Alsina”) motorizado por el corresponsal de Página 12. que requirió acceder a los informes en los que el Poder Ejecutivo Uruguayo se basó para no dar curso a los pedidos de extradición solicitados desde la República Argentina. Estos pedidos se fundaban en la comisión de gravísimas violaciones a los derechos humanos durante la década del 70 y parte del 80 en el Cono Sur, en el marco del Plan Cóndor, hechos en los que estarían involucrados varios ciudadanos uruguayos.

Por lo tanto, lo que se trataba es nada menos que de la investigación de crímenes de lesa humanidad. El Uruguay se negaba a cooperar con un Estado extranjero, y se basaba para ello en el informe del Sr. Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación.

El periodista inquirió los por qué de tal decisión. Nadie se los dio, iniciado el juicio, en primera instancia del juicio no se hizo lugar al pedido y luego fue admitida la demanda en la cámara de apelaciones.

En la Argentina existen algunas herramientas vinculadas al derecho de acceso específicamente. El decreto 1172 por ejemplo. Existe si una ley de información pública ambiental. La ley 25831 que define los presupuesto mínimos de protección al medio ambiente y define que es información ambiental. Es toda aquella información en cualquier soporte relacionada con recursos naturales o culturales. En particular el estado del ambiente y las políticas y planes relacionados con el. Los sujetos obligados son las

²⁷⁵ Con posterioridad a la redacción de este trabajo, fueron sancionados por el Poder Ejecutivo Nacional los decretos N° 291, (BO 01/07/2003), 146, (BO 06/06/2003) y 398 (BO 2/07/2003) por los que se ordenó el levantamiento del secreto a funcionarios de la SIDE y se abrieron los expedientes y legajos vinculados al atentado a la AMIA y por la explosión del Arsenal en Río Tercero. La falta de perspectiva histórica no ha dado aún la dimensión del caso a estos actos.

autoridades competentes de los organismos públicos y los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos sean públicas, privadas o mixtas están obligadas a presentar información ambiental requerida por la comisión creada por esta ley.

¿Cuáles podría ser las excepciones al acceso a la información ambiental? Por ejemplo vinculadas a la seguridad nacional. O especies en vías de extinción. Allí la cercanía del humano puede poner en peligro la especie según principios internacionales sentados por organizaciones de defensa medio ambiental.

En septiembre de 2003 se sancionó el decreto 1172. Tiene varios reglamentos incorporados. Por ejemplo el boletín oficial es gratis on-line en el día de publicación.

Este decreto 1172 define un reglamento de publicidad de gestión de intereses que obliga a los funcionarios a poner on-line sus agendas, y cual es el motivo de las audiencias. Hay otro anexo que se llama de “elaboración participada de normas” que es un mecanismo de habilitar a terceros interesados para que discutan borradores y proyectos de resolución. Hay un régimen de “participación de entidades protectoras del consumidor en los entes públicos de control de empresas privatizadas” y hay un “reglamento de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo”. Como es un decreto no puede regular a los otros poderes. Esto se aplica a organismos, entidades, empresas o todo ente que funcione bajo el Poder Ejecutivo. También a organizaciones privadas a las que se les hayan otorgado subsidios o aportes provenientes de los sectores públicos, así como a instituciones fondos cuya administración y conservación está a cargo del Estado nacional. Y a las empresas privadas que se les haya otorgado un permiso o licencia de explotación de un bien de dominio público o la prestación de un servicio público.

Lo importante acá es que la información que se debe brindar debe ser: completa, adecuada, oportuna y veraz. Información para este decreto es toda constancia de documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soportes magnéticos, digital, o cualquier otro formato. La información implica el acceso a una constancia donde queda expuesto en un soporte materia determinado, que debe ser brindada por los obligados que ya mencionamos: los privados que le entregan información al estado, las producciones financiadas por el erario público, o que sirvan de base para una resolución administrativa inclusive las actas de las reuniones oficiales. recordemos que el Decreto solo se aplica al Poder Ejecutivo.

Un ejemplo de reunión oficial en acta. La periodista cordobesa que ganó el premio sobre acceso a la información lo hizo sobre un tema de este tipo. Por la ley 8300 el diario de Córdoba *La voz del interior* pidió copia de las actas del directorio del ente regulador en el cual se había discutido el tema de los nitratos en el agua. Lo que el diario quería demostrar es que hacía mas de un año que el tema se había aprobado. Revelar eso sirvió para el derecho a la salud y el medio ambiente y por otro para la garantía de transparencia.

No hay resolución o ley que obligue a que se les conteste el pedido si no hay información sobre el tema. No tienen información de producir estadísticas por el solo pedido de ustedes. Derecho a pedir esto tiene toda persona física o jurídica, pública o privada. No hay que acreditar un interés legítimo para esto, no hay que dar explicación de porqué se la pide.

Las excepciones son las informaciones calificadas como reservadas. La ley de seguridad interior o defensa nacional califica a determinadas informaciones como reservadas. La segunda excepción es la información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario.

Sentado este contexto, y utilizando un documento elaborado por la docente auxiliar de nuestra cátedra de Derecho a la Información y promotora del monitoreo Abogada y Lic. En CS. De la Comunicación Laura Zommer²⁷⁶, describiremos brevemente el trabajo que realizamos desde la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

“El acceso a la información es uno de los temas incluidos en el programa de la materia Derecho a la Información²⁷⁷, que se dicta en forma obligatoria en la carrera de Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Hasta el último cuatrimestre de 2004, ese tema, igual que muchos otros, se abordaba con una recorrida de la normativa nacional e internacional que ampara a ese derecho y la realización de algunos ejercicios o trabajos prácticos con ejemplos imaginarios.

Interesada desde siempre en el acceso a la información, se me ocurrió cambiar la metodología de enseñanza de este punto del programa y, el resultado, fue realmente excelente”... (...) . Hacer el sistema de acceso a la información pública se ponga realmente en marcha.

Con esta idea en la cabeza, surgió este trabajo de monitoreo sistemático por parte de alumnos y docentes universitarios. El cambio metodológico consistió en ya no trabajaríamos con ejemplos inventados sino que cada alumno debería hacer un pedido de acceso a la información ante las autoridades del PEN y el resto de los sujetos obligados por el decreto citado o ante cualquiera de los organismos del Gobierno de la Ciudad de

²⁷⁶ “Alumnos y docentes de la Universidad de Buenos Aires monitorean en forma sistemática el cumplimiento de las normas de acceso a la información vigentes en la Nación Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Decreto 1172/3 y Ley 104 CABA)- Tercer informe”. Del 28/6/07

²⁷⁷ El profesor titular de la materia es Henoah Aguiar y el adjunto, Damián Loreti.

Buenos Aires, ya que desde 1998 está vigente la Ley 104²⁷⁸, que regula este derecho en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial porteños. El trabajo práctico, que primero se hizo únicamente en la comisión a mi cargo, al año siguiente se extendió como tarea obligatoria para todos los alumnos de la cátedra. Fue por decisión del entonces profesor adjunto Damián Loreti, que desde el inicio valoró especialmente el aporte que desde la universidad pública podía hacerse para mejorar la implementación de la normativa de acceso a la información²⁷⁹.

El objetivo de este trabajo práctico es doble: desde el punto de vista pedagógico, se busca familiarizar a los alumnos con una normativa que puede resultarles útil tanto en su condición de estudiantes o investigadores de Ciencias Sociales como en su futuro profesional, mayoritariamente orientado al periodismo. Desde el punto de vista institucional, se pretende ejercitar y fortalecer los mecanismos de recepción y respuesta de pedidos de acceso a la información que tienen los distintos organismos. Dado que este es un derecho muy poco conocido entre la población que vive en la Argentina y su uso es aún muy limitado (además de nuestros alumnos, realizan pedidos mayoritariamente miembros de organizaciones de la sociedad civil y unos pocos periodistas), consideramos que la realización de este ejercicio puede contribuir a empezar a cambiar la cultura del secreto que acompaña desde hace décadas a la mayoría de los funcionarios nacionales y porteños. Según estadísticas oficiales de la Subsecretaría para la Reforma Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia²⁸⁰ -que no coinciden con el resto de los monitoreos realizados-, entre abril de 2004 y julio de 2005, se presentaron 386 pedidos, de los cuales se respondieron 370, aunque en algunos casos se lo hizo en forma parcial y en otros, extemporáneamente.

Pasaron casi tres años desde que comenzamos con esta actividad y los alumnos de la UBA presentaron 816 pedidos de información, de los cuales recibieron alguna respuesta, al menos²⁸¹, 433, lo que equivale a poco más del 53%. Varios pedidos resultaron de suma

²⁷⁸ La Ley 104 fue sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 19 de noviembre de 1998. Puede consultarse el texto completo de la norma en http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_1.php?id=15&id2=92&id3=55

²⁷⁹ El ejercicio que realiza la cátedra, y que es posible gracias al impulso de Damián Loreti y de los demás docentes de Derecho a la Información -Ángel Lanzón, Víctor Pesce, Diego Veljanovich, Esteban Lescano, Ezequiel Klass y Mariano Román- sería imposible sin la participación y el entusiasmo de los alumnos de la carrera que cursaron la materia y el especial trabajo de recopilación, análisis y sistematización del ayudante alumno Alejandro Crespo.

²⁸⁰ La Subsecretaría para la Reforma Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia es el organismo encargado de la implementación del Decreto 1172/3. Su página web es mejordemocracia.gov.ar

²⁸¹ El “al menos” obedece a que las estadísticas con la cantidad de pedidos formulados y respuestas recibidas se realizan al concluir cada cuatrimestre y, si algún organismo responde fuera del plazo legal, el dato no siempre estará consignado, porque no todos los alumnos reportan la novedad.

utilidad para algunos alumnos y sus familias y amigos, porque el acceso a información que no tenían les permitió el ejercicio de otros derechos, como la Salud en el caso de Mariela Salas y Marina Ligorria, que cursaron en 2004 y 2006, respectivamente.

El Ministerio que más solicitudes recibió fue precisamente el de Salud, que tuvo 97; seguido por el de Educación, con 69; el de Interior, con 54 y luego los de Economía y Planificación Federal, con 51 cada uno. Le siguen después las carteras de Trabajo, con 41; la Jefatura de Gabinete, con 38; la de Justicia, con 34; la de Relaciones Exteriores, con 26 y, finalmente, con muchos menos pedidos, las de Desarrollo Social, con 18 y la de Defensa y la Secretaría General de la Presidencia de la Nación, con sólo cinco cada uno. Además, el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) recibió 23 solicitudes y el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) tuvo 11, uno más que la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, donde estudian los alumnos peticionantes. En el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se presentaron 34 y el Ministerio de Salud porteño fue el organismo porteño que más pedidos recibió: con 16 solicitudes confirmó el particular interés de los jóvenes por las políticas sanitarias.

Contrariamente a lo que el sentido común podría llevarnos a pensar, la gran mayoría de los pedidos no tuvo que ver con cuestiones de corrupción, inteligencia, defensa, seguridad nacional o secretos de Estado²⁸². La mayor parte de las solicitudes presentadas se enfocaron a cuestiones vinculadas con la Salud y la Educación. En muchos casos, además, las solicitudes reclamaron información que se encuentra disponible en alguna página web oficial. Ello pondría en evidencia, por un lado, cierto desconocimiento general acerca de la información que el Estado ya pone a disposición de la ciudadanía y, por el otro, que la información oficial colgada en una página de Internet no es de fácil acceso para el común de la gente y el Gobierno carece de una actitud proactiva para la difusión de información pública (excepto cuando realiza campañas específicas sobre algún tema puntual).

A modo de ejemplo, para tener una noción del tipo de información oficial que desean conocer jóvenes estudiantes, mayoritariamente de entre 17 y 20 años, a continuación se enumeran algunas de las solicitudes presentadas en 2004: qué líneas ferroviarias y ramales dejaron de funcionar desde 1993, cuáles fueron las obras públicas realizadas en los últimos cinco años, qué cantidad de víctimas de secuestros hubo en los últimos dos años en todos el país, cuál es el presupuesto que anualmente destina el Gobierno para fomentar la práctica de la natación, qué criterios se utilizan para los censos de discapacidad y la subvención que se le otorga, información acerca de la mortalidad infantil (especificando porcentajes, causas y consecuencias) en el período de mayo 2003 a junio 2004, los últimos cambios introducidos en el Código de Convivencia porteño, la

²⁸² Temas para los que la mayoría de las normas vigentes en el país y el exterior prevé algún tipo de excepción.

agenda del Presidente para la semana del 26 al 30 de octubre de 2003²⁸³, si se aprobó algún proyecto para comenzar a refaccionar la ex fábrica de Terrabusi de la calle San José (supuesto nuevo edificio de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA), el índice de delincuencia infantil a nivel nacional a partir de enero de 2001 y hasta la actualidad, la cantidad de personal remunerado y no remunerado del Hospital J. Fernández de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el presupuesto nacional anual 2004 destinado a escuelas rurales del Gran Buenos Aires, el de universidades nacionales en 2005, el presupuesto anual destinado a Educación, el presupuesto que recibió la Iglesia Católica en 2003, el destinado a campañas de lucha contra el SIDA y a medicamentos gratuitos para enfermos de HIV, el invertido en la construcción de la represa de Yacyretá²⁸⁴.

La metodología empleada en la cátedra para hacer los pedidos incluye dos formas diferentes. Hay comisiones donde los alumnos tienen una clase teórica y otra práctica y reciben indicaciones y correcciones del profesor para formular correctamente su pedido y, hay otras, a las que llamamos “ciegas”, en las que los alumnos no cuentan con asistencia del docente, para poder evaluar cómo responden las autoridades ante un ciudadano medio, no experto ni familiarizado con la jerga jurídica ni esta normativa. El derecho a la información, reconocido expresamente en la Constitución Nacional a partir de la Reforma Constitucional de 1994²⁸⁵, señala que todo individuo tiene derecho a buscar o investigar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. De allí el interés en que no todos los pedidos que llegaran a manos de los funcionarios no estuvieran perfectos sino, justamente, con los errores u omisiones que podría cometer cualquier persona. Ello

²⁸³ Un pedido directamente vinculado con el Reglamento General para la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, previsto en el Anexo III del mismo Decreto 1172/3.

²⁸⁴ Todos los pedidos, y sus correspondientes respuestas, se encuentran en el anexo documental de este trabajo y están a disposición de cualquier interesado que quiera consultarlos en el Vicedecanato de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, situado en el primer piso de la sede de M.T. de Alvear 2230.

²⁸⁵ El artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna incluyó varios tratados y pactos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la información. Así, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”; el artículo 13 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”; y el artículo 19 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

permite evaluar adicionalmente la actitud que adoptaron los funcionarios estatales al advertir dificultades por parte de miembros de la sociedad para ejercer un derecho constitucional.

En cuanto a la performance de los ministerios y organismos, se advierte una fuerte disparidad así como avances en algunos de ellos a medida que pasa el tiempo. En 2004, sobre un total de 36 pedidos confeccionados por los alumnos, 18 fueron respondidos por las autoridades, algunos en tiempo y otros fuera de término²⁸⁶, otros 14 no tuvieron respuesta alguna²⁸⁷ y otros cuatro fueron mal confeccionados o no entregados por diversos motivos.

Al año siguiente, los resultados fueron bastante peores en el primer cuatrimestre: de las 94 solicitudes de información presentadas, sólo 31 obtuvieron respuesta, lo que representa menos del 33%. En líneas generales, 2005 no fue un buen año para el acceso a la información pública en el país: el proyecto de ley de acceso a la información que desde hace tres años esperaba ser sancionado por ambas cámaras perdió estado parlamentario en el Congreso, que por medio de diversas acciones confirmó que sigue siendo un ámbito reticente a reconocer que el derecho a la información es un derecho humano y no una potestad de los legisladores.

El Poder Ejecutivo Nacional, que en diciembre de 2003 había dado una buena señal con el dictado del Decreto 1172/3, evidenció algunos retrocesos preocupantes en materia de acceso a la información en el ámbito de la administración nacional -la Secretaría de Inteligencia de Estado (SIDE) se autoexcluyó de la aplicación del decreto, la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia sostuvo en dos dictámenes que en ciertos casos el decreto no tiene aplicación alguna porque prevalece lo dispuesto en el Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto 1759/72) y el Ministerio del Interior desarrolló desde su área de Jurídicos un criterio que viola el principio de informalidad de la norma dictada por el presidente Kirchner y obstaculiza claramente el acceso a información pública en organismos clave para la democracia como las fuerzas de seguridad nacionales, la Dirección Nacional de Migraciones y la Dirección Nacional Electoral, por citar sólo algunos ejemplos-.

²⁸⁶ El decreto 1172/3 dispone que el sujeto requerido está obligado a permitir el acceso a la información en el momento en que le sea solicitado o proveerla en un plazo no mayor a 10 días. El plazo puede ser prorrogado en forma excepcional por otros 10 días, siempre que el requerido lo comunique al solicitante en forma fehaciente y por acto fundado antes del vencimiento del plazo. La ley 104 CABA también habla de 10 días (precisando que son hábiles) y de una prórroga de otros 10 días hábiles.

²⁸⁷ El artículo 14 del decreto 1172/3 señala que el silencio oficial, una vez cumplido el plazo establecido, se considera negativa para brindar la información, por lo que habilita la vía judicial, más precisamente la acción de amparo, para reclamarla. En el mismo sentido se expide el artículo 8 de la ley 104 CABA.

Entre los pedidos respondidos, merecen ser destacados uno de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación en el que se consigna que “no fueron encontrados archivos estatales donde consten quiénes ejercieron la opción del artículo 23 Constitución Nacional de salir por su propia voluntad a partir del golpe de estado de 1976”. Y se precisa que “no se encontraron ese tipo de archivos elaborados por la dictadura militar, por lo que se carece de registros acerca de las personas que dejaron el país entre noviembre de 1974 -fecha en la cual se declaró el estado de sitio- y diciembre de 1983”. Otro de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que envió al alumno que solicitó conocer cuánto gana el jefe de gabinete, Alberto Fernández, una fotocopia del recibo de sueldo del funcionario, sin tachar siquiera el número de cuenta bancaria, lo que vulnera la ley de habeas data que protege los datos personales. Otro del Ministerio de Justicia acerca de las estadísticas de secuestros, secuestros express y otros delitos, donde se facilita la información de todo el país excepto de la provincia de Buenos Aires, con la aclaración de que esa jurisdicción no entregó los datos al organismo nacional.

También resultan interesantes las respuestas del Ministerio de Salud sobre la enfermedad del Mal de Chagas; una de Educación sobre la situación edilicia y presupuestaria de la UBA y otra sobre becas de Comunicación para estudiar en el exterior; otra del Sedronar sobre prevención de adicciones, para lo cual le dieron una audiencia personal al alumno; otra de la Secretaría de Energía sobre el Programa de Uso Racional de la Energía Eléctrica (PUREE) y, finalmente, uno de la Comisión Nacional de Comunicaciones sobre el número de denuncias que recibe actualmente el organismo de usuarios de telefonía y qué hace con esos reclamos, en el que la respuesta es fue que la información está disponible en Internet. Además, por las respuestas a otros pedidos se advierte cierta facilidad para acceder a información presupuestaria en el Ministerio de Economía y en otras dependencias y a alguna información vinculada con la entrega de planes sociales en el Ministerio de Trabajo.

Con los pedidos de los alumnos, se verificaron especiales dificultades en algunas dependencias descentralizadas, en la SIDE –donde se le explicó por teléfono al peticionante que el organismo se autoexcluyó de la aplicación de esa norma en forma íntegra- y en el Ministerio del Interior. Esa cartera, que recibió la mayor cantidad de pedidos de alumnos en esa oportunidad, fue claramente la más reacia a dar información: sobre un total de 12 pedidos presentados, sólo uno fue respondido. Y lo hizo por carta el propio ministro del Interior, Aníbal Fernández, explicándole al alumno que no le brindarían la información que solicitaba de la Policía Federal Argentina porque ella no está producida y el decreto no exige hacerlo, salvo que una ley lo prevea en forma expresa (lo cual es perfectamente correcto). Los otros 11 pedidos se diferencian entre seis en los que, previo dictámenes de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior, se solicitó por carta a los domicilios de los alumnos que “constituyan formalmente domicilio en los términos de los arts. 1 y ss. del Reglamento de Procedimientos Administrativos (T.O. Decreto 1183/91)” y cinco en los que la administración eligió el silencio para responder, lo que según el decreto supone la negativa.

Aunque no puede afirmarse que se deba solamente a ello, luego de la publicación de los resultados de este trabajo de monitoreo en el diario *La Nación*, aumentó considerablemente el porcentaje de respuestas recibidas por los alumnos. Desde entonces, siempre más de la mitad de las solicitudes de información recibió respuesta oficial. Y, sorprendentemente, algunos Ministerios, como el de Interior y el de Planificación Federal, que generalmente no respondían, comenzaron a hacerlo.

En la segunda mitad de 2005, sobre un total de 170 pedidos, fueron contestados 93, lo que significa que casi el 55% de los alumnos recibió alguna respuesta, aunque en varios casos sólo fuera el aviso de que se haría uso de la prórroga o de que el pedido había sido presentado en un organismo equivocado. En el primer cuatrimestre de 2006, 167 alumnos presentaron pedidos y 96 recibieron alguna contestación y, en el segundo cuatrimestre, lo hicieron 165 y 83 tuvieron alguna respuesta. Este año, el resultado fue aún mejor: de 184 pedidos, 112 tuvieron cierto grado de éxito, lo que equivale a más del 60%.

Aunque cuantitativamente –al menos en los pedidos no sensibles-, el Estado nacional, así como el porteño, han mejorado notablemente en estos años en su tarea de brindar información, persisten algunas prácticas que sería deseable modificar. Entre ellas, el hecho de que casi nunca se cumple con el plazo de 10 días previsto en la norma para brindar información y pocas veces se notifica al interesado que se hará uso del plazo de prórroga y la circunstancia de que, cuando el Estado decide no responder, generalmente apela al silencio y no funda su negativa ni utiliza las excepciones previstas en la normativa específica de acceso. En estos años, nunca se negó información a un alumno utilizando alguna de las excepciones previstas expresamente en el Decreto 1172/3 o la Ley 104. Sí, en cambio, como se mencionó, para negar información se echó mano a las Ley de Procedimientos Administrativos y, también, a la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 25.326). En cambio, es justo reconocer que ya no resulta tan difícil como hace unos años para los alumnos hacer entrega de sus pedidos en los organismos, aún cuando los presenten manuscritos, ni acceder a que el funcionario correspondiente le firmen una copia de su solicitud y consigne la fecha.

Entre los últimos pedidos a destacar, figuran el de una alumna que solicitó el horario en el que un policía federal debía estar como consigna en la esquina de su casa y terminó citada por el comisario de la seccional de su barrio para labrar un acta con la pregunta y la respuesta (lo cual, como es de esperar, asustó mucho a la requirente); otro sobre accidentes provocados por fallas en el sistema de radares ocurridos entre 1990 y 2006, que obtuvo como respuesta algo diferente a lo que la ministra de Defensa declaró públicamente hace unos meses atrás; otro vinculado con el caso de corrupción de la empresa sueca Skanska, que aún no obtuvo respuesta formal del Ministerio de Planificación, pero llevó a varios funcionarios del Enargas a señalar por teléfono que temen dar la información solicitada y varios presentados a empresas de servicios públicos, como Edesur y Trenes de Buenos Aires (TBA), que fueron respondidos a diferencia de lo que ocurría en el pasado, cuando las compañías negaban estar alcanzadas

por estas normas. También resultan de interés y fueron respondidos, un pedido con la cantidad de estudiantes que asistió en 2006 a la Biblioteca Nacional, otro acerca de la subvención que recibe TBA y otro con el detalle de todas las solicitudes de acceso a la información realizadas hasta la fecha ante la Jefatura de Gabinete.

El trabajo de monitoreo por parte de alumnos y docentes de la UBA no es percibido ni valorado de igual modo por todos los funcionarios que trabajan en pos del acceso a la información²⁸⁸. En estos años, mientras unos pocos agentes nos agradecieron por la colaboración que brindamos al obligarlos a ejercitar y poner en práctica la normativa y el sistema de acceso, otros cuestionaron que los alumnos pidan “información sin sentido”, a la que no den posterior utilidad, ya que consideran que ello significa un gasto de recursos innecesario para un Estado pobre como el argentino.

Sin duda, nosotros pensamos que la experiencia es rica –tanto para los alumnos como para los funcionarios-, por lo que seguirá haciéndose dos veces por año.

Para citar este documento: Zommer, Laura: “Alumnos y docentes de la Universidad de Buenos Aires monitorean en forma sistemática el cumplimiento de las normas de acceso a la información vigentes en la Nación Argentina y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Decreto 1172/3 y Ley 104 CABA)- Tercer informe, *Documento de trabajo de la cátedra de Derecho a la Información Aguiar-Loreti*, Buenos Aires, junio de 2007.

²⁸⁸ Al concluir cada cuatrimestre, la cátedra realiza una clase abierta en la que presenta los resultados del monitoreo y a la que invita especialmente a funcionarios y miembros de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en pos del acceso a la información. La subsecretaria para la Reforma Institucional y el Fortalecimiento de la Democracia, Martha Oyhanarte, participó en dos.

Acceso a la información pública en México

Francisco Ciscomani Freañer²⁸⁹

*Secretario de Acuerdos del
Instituto Federal de Acceso a la Información Pública- México*

Antecedentes

En México el derecho de acceso a la información es relativamente nuevo; la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LAI) fue aprobada por unanimidad por el Congreso de La Unión y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002.

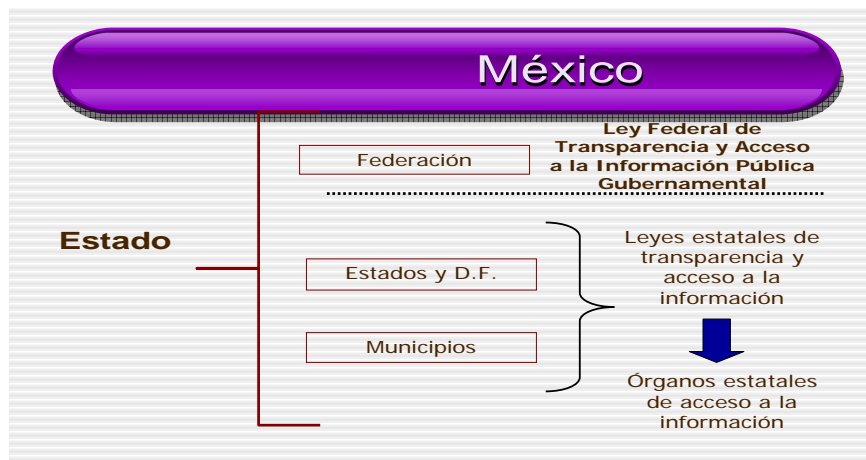
Desde su publicación y durante el transcurso del siguiente año se fue consolidando la estructura jurídica e institucional que daría sustento a la aplicación del derecho de acceso a la información: en el orden federal, los días del 12 y 24 de diciembre de 2002, respectivamente, se crearon las Unidades de Enlace y Comités de Información de los sujetos obligados por la LAI, así como el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública –IFAI–; el 12 de junio de 2003 entró en vigor la LAI y el Reglamento de la misma; al mismo tiempo, los sujetos obligados publicaron en sus sitios de internet las obligaciones de transparencia y se abrió la posibilidad de hacer solicitudes de acceso a la información, incluso a través de medios electrónicos –SISI–. Así, a partir de esa fecha cualquier particular ha podido requerir documentos gubernamentales o sus datos personales a los sujetos obligados de la LAI.²⁹⁰

La información existente en los sujetos obligados con anterioridad a la entrada en vigor de la LAI fue objeto de la aplicación del nuevo régimen legal de manera retroactiva, de forma tal que dicha información se consideró como pública y sólo ha podido clasificarse como reservada o confidencial en los supuestos de excepción previstos por ese ordenamiento.

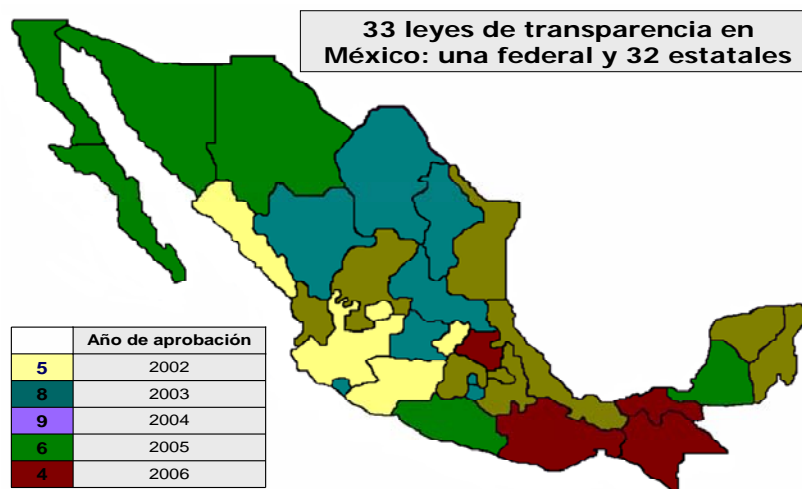
²⁸⁹ **FRANCISCO CISCOMANI FREANER** es actualmente Secretario de Acuerdos del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y tiene a su cargo las tareas sustantivas de asuntos legales, de clasificación y protección de datos personales, coordinación y vigilancia, así como estudios e investigación; fue Coordinador General en la Comisión Federal de Mejora Regulatoria a cargo de asuntos financieros, comerciales, laborales y de salud, entre otros; ha ocupado diversos cargos en la Administración Pública Federal en las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Comercio y Fomento Industrial, y se ha desempeñado como consultor en el sector privado. Es **ABOGADO** y ha realizado estudios de maestría y especialidad en derecho económico, administrativo e internacional en Francia, los EE.UU. y México.

²⁹⁰ Para mayor referencia ver www.ifai.org.mx, así como <http://www.ifai.org.mx/AcercaIfai/Marco-normativo-y-publicaciones/comunicados>.

En virtud de la organización política y administrativa federal de México, la LAI sólo es aplicable en el orden federal, de forma tal que otros órdenes de gobierno como los Estados de la República deben promulgar sus leyes estatales en materia de transparencia y acceso a la información.



En el orden de gobierno estatal, los estados de la República promulgaron leyes desde 2002 hasta 2006 como se muestra a continuación:



Objetivos de la Ley federal de transparencia y Acceso a la Información pública gubernamental

Los principales objetivos de la LAI son proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos;

transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que generan los sujetos obligados, salvaguardando la protección de los datos personales en su posesión; favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados; mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos –archivos-, y contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de derecho.²⁹¹

Principios rectores de la LAI

El principio rector de la LAI fue garantizar el acceso a la información gubernamental en posesión de los sujetos obligados bajo el principio de máxima publicidad,²⁹² que se traduce en la necesidad de realizar una interpretación liberal de las disposiciones legales y administrativas el que favorezca el acceso a la información; esto abarca no sólo a la LAI y la regulación inherente, sino a toda la legislación.

El principio rector de la LAI en materia de protección de datos personales fue garantizar la protección de los datos personales en posesión de las entidades públicas, reconociendo el equilibrio entre información confidencial y la justificación de favorecer el acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas.

Sujetos obligados por la LAI

La aplicación de la LAI abarca a los tres poderes federales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), los órganos constitucionales autónomos, los tribunales administrativos federales y a cualquier otro órgano federal. La LAI no contiene exclusiones de ningún tipo con respecto a sujetos obligados ni tampoco excluye materia alguna.

Dentro del Poder Ejecutivo, se identifican claramente a las dependencias o Secretarías de Estado –incluidos los órganos administrativos desconcentrados- y a las entidades –organismos descentralizados, fideicomisos con estructura y empresas de participación estatal mayoritaria como Petróleos Mexicanos y Nacional Financiera-, las cuales están señaladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, incluidas la Presidencia de la República y la Procuraduría General de la República. El IFAI es autoridad exclusivamente para el Poder Ejecutivo Federal y a su vez sujeto obligado por la LAI.

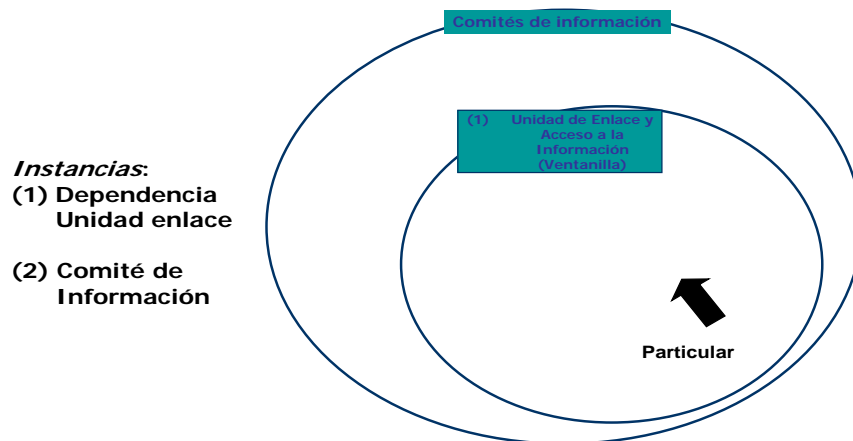
Adicionalmente, la LAI diseñó un esquema institucional en el Poder Ejecutivo Federal que consiste en Unidades de Enlace y Comités de Información al interior de los sujetos obligados –dependencias y entidades-, que tienen, entre otras funciones: recabar y difundir la información de las obligaciones de transparencia, dar trámite a las solicitudes de acceso a la información –localización, organización y entrega documentos

²⁹¹ Ver artículo 4 de la LAI.

²⁹² Ver artículo 6 de la LAI.

administrativos para su notificación a los solicitantes de respuestas, auxiliar y orientar a los particulares en la elaboración de solicitudes, instituir procedimientos para asegurar la mayor eficiencia en la gestión de las solicitudes de acceso; confirmar, modificar o revocar la clasificación de la información hecha por los titulares de las unidades administrativas, establecer y supervisar la aplicación de los criterios específicos en materia de clasificación y conservación de los documentos administrativos, así como la organización de archivos.²⁹³

Diseño institucional

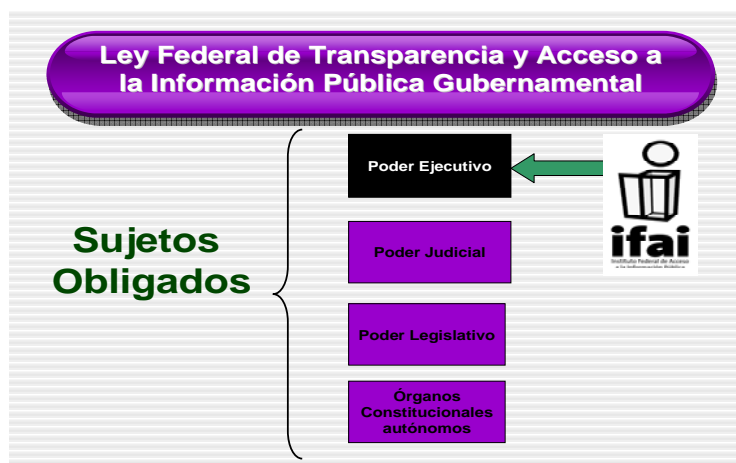


La LAI aplica también a otros sujetos obligados (osos), que son distintos o autónomos del Poder Ejecutivo Federal; los osos tienen facultades para emitir sus reglamentos o acuerdos de carácter general, en los que establezcan los órganos, criterios y procedimientos institucionales para proporcionar a los particulares el acceso a la información, de conformidad con los principios y plazos establecidos en la Ley.²⁹⁴

En suma, los sujetos obligados directamente son las instituciones federales gubernamentales y otras, también oficiales, que pueden presentar distintos grados de autonomía. Ejemplos claros de los primeros son las Secretarías de Gobernación o de Hacienda y Crédito Público, y del segundo caso, la Universidad Nacional Autónoma de México, el Banco –central- de México, el Poder Judicial Federal y el Instituto Federal Electoral.

²⁹³ Ver artículos 28 y 29 de la LAI.

²⁹⁴ Ver art. 61 de la LAI.



Obligaciones de transparencia

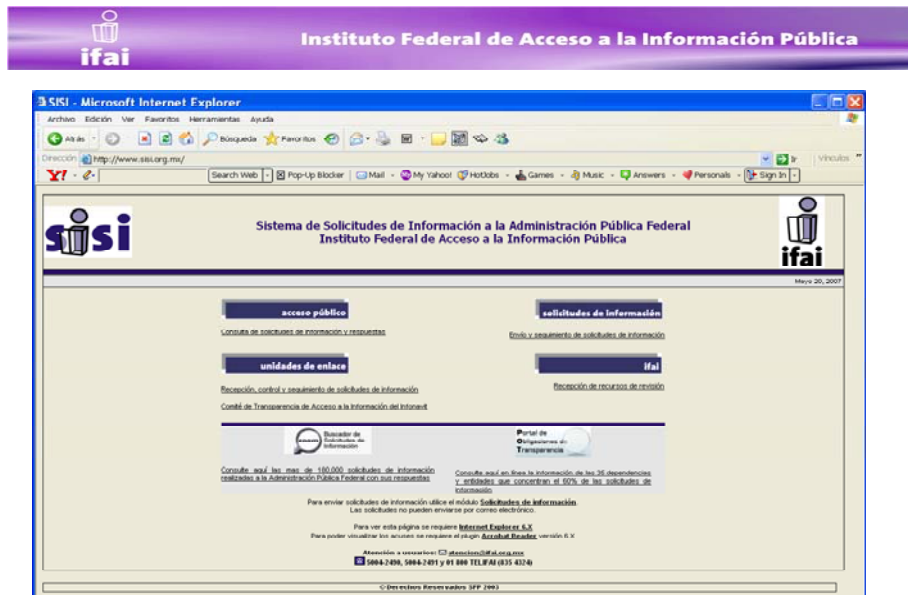
La LAI establece que los sujetos obligados deben publicar y actualizar periódicamente en sus sitios de Internet información relevante, respecto a marco normativo, estructura orgánica, remuneraciones y prestaciones de servidores públicos, presupuesto, entre otras. Actualmente se tiene diseñado un esquema informático que uniforma la presentación y búsqueda de la información mediante el denominado Portal de Obligaciones de Transparencia.²⁹⁵

Procedimientos previstos en la LAI

La LAI establece procedimientos sencillos y expeditos tanto para el acceso a la información gubernamental, como para el acceso y corrección de datos personales, de tal manera que cualquier persona puede solicitar información gubernamental al Estado, sin acreditar identidad, interés jurídico, intención, edad o nacionalidad.²⁹⁶

²⁹⁵ Ver <http://portaltransparencia.gob.mx/pot/> y <http://www.sisi.org.mx/>.

²⁹⁶ Ver <http://www.ifai.org.mx/SolicitudInfo/SolicitudInfoPublica>.

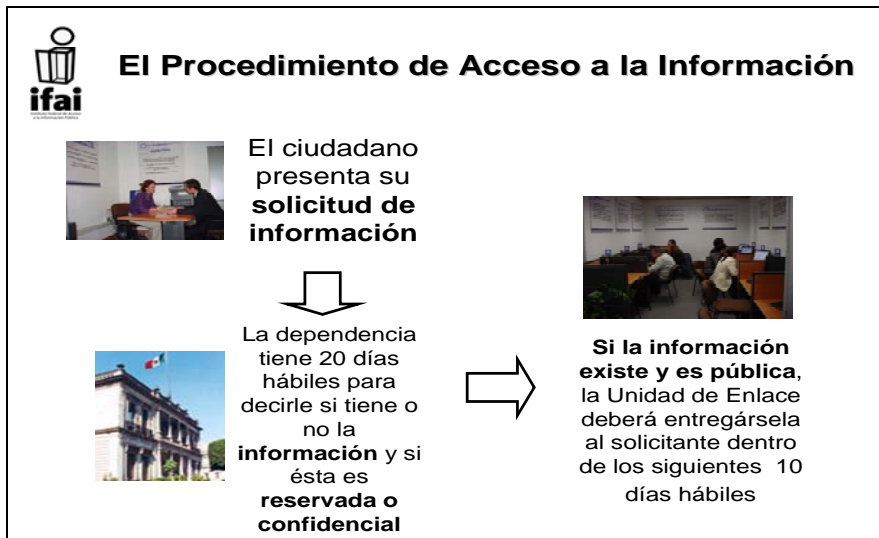


Los requisitos para la presentación de solicitudes son mínimos y abarcan exclusivamente el nombre del solicitante o su representante, domicilio u otro medio para recibir notificaciones -como el correo electrónico-, descripción de los documentos que se solicitan, cualquier otro dato que propicie su localización y, opcionalmente, la modalidad en la que prefiere se otorgue el acceso a la información –copia simple, certificada o medios electrónicos –magnéticos, ópticos, correo electrónico o colocación en internet inclusive- entre otros. La respuesta a la solicitud deberá ser notificada al interesado en el menor tiempo posible, que no podrá ser mayor de veinte días hábiles, contados desde la presentación de aquella.²⁹⁷

En la respuesta se precisará el costo y la modalidad en que será entregada la información, atendiendo en la mayor medida de lo posible a la solicitud del interesado. Los costos por obtener la información no podrán ser superiores a la suma de los materiales utilizados en la reproducción de la información y de envío. No hay cobro por la búsqueda de información.²⁹⁸

²⁹⁷ Ver Artículos 40, 42 de la LAI.

²⁹⁸ Ver Artículos 27 y 44 de la LAI.



En el caso de acceso y corrección de datos personales, se sigue el mismo procedimiento variando sólo los plazos, pero se requiere acreditar la identidad o en su caso representación legal antes de recibirla, para efectos de salvaguardar la confidencialidad y protección de ese tipo de información.²⁹⁹

Los sujetos obligados deben entregar tales datos en formato comprensible en un plazo de diez días hábiles, o bien, comunicar por escrito que no se poseen los mismos. La entrega de los datos personales es gratuita, debiendo cubrir el individuo únicamente los gastos de envío.³⁰⁰


En materia de corrección de datos personales el interesado deberá entregar una solicitud de modificaciones y aportar la documentación que motive su petición. La solicitud debe resolverse en un plazo de 30 días hábiles desde la presentación de la solicitud, con una comunicación que haga constar las modificaciones, o bien que informe de manera fundada y motivada, las razones por las cuales no procedieron las modificaciones.³⁰¹

Los particulares cuentan con tres opciones para presentar una solicitud de información: las llamadas solicitudes “manuales” -por medio del formato autorizado y que se encuentra en el sitio de internet del Instituto y mediante escrito libre-, que se hacen personalmente, las formuladas través de correo certificado o mensajería ante las Unidades de Enlace de los sujetos obligados, y las realizadas a través del SISI.


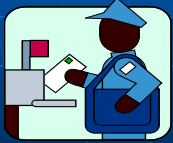

²⁹⁹ Ver <http://www.ifai.org.mx/SolicitudInfo/SolicitudInfoDatosPersonales>.

³⁰⁰ Ver artículo 24 de la LAI.

³⁰¹ Ver artículo 25 de la LAI.



El Procedimiento de Acceso a la Información:

- 1. Personalmente ante las “Unidades de Enlace”**

- 2. Por correo o mensajería en formato libre**

- 3. Vía Internet mediante el Sistema de Solicitudes de Información (SISI) administrado por el IFAI**


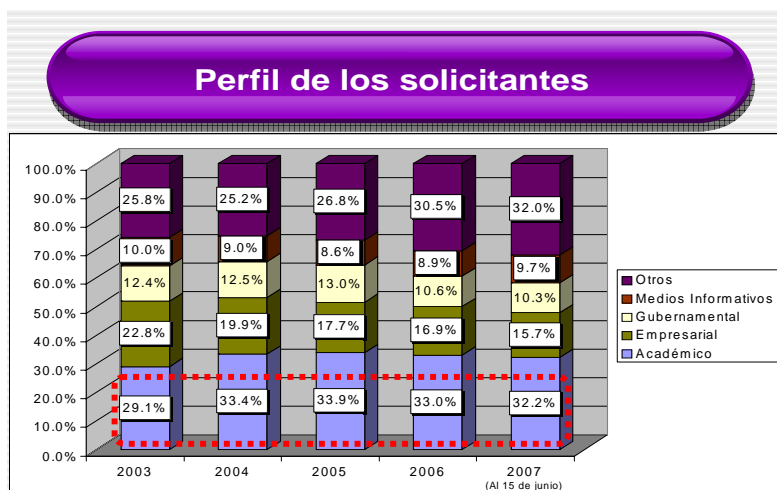
En general las solicitudes prevalecen aquéllas hechas a través de medios electrónicos, conforme al siguiente diagrama:



Las solicitudes de acceso se han incrementado tras cuatro años de operación de la LAI.



El perfil de los solicitantes abarca a empresarios, académicos, medios de comunicación y el ámbito gubernamental.



Medios de impugnación

La LAI establece un mecanismo que permite la revisión de las respuestas otorgadas por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal ante solicitudes de acceso a la información, y de acceso y corrección a datos personales. Ante la inconformidad de un solicitante, se interpone un recurso de revisión ante el IFAI, respecto

del cual se emite una resolución que es vinculativa,³⁰² por parte del Pleno –los cinco comisionados que lo integran y que constituyen la máxima autoridad del Instituto.

Un recurso de revisión es el instrumento con el que cuentan los particulares para impugnar si se les negó el acceso a determinada información, si se les notificó la inexistencia de los documentos requeridos, si consideran que la información que se les proporcionó es incompleta o no corresponde a la solicitud que formularon. En materia de datos personales, los particulares también pueden presentar un recurso de revisión si se les negó el acceso a los mismos, o bien si se les entregaron en un formato incomprensible o si les negó la posibilidad de modificarlos.³⁰³ Los recursos de revisión se pueden interponer por medios electrónicos.

Recurso de revisión :

Sistema de Solicitudes de Información
Instituto Federal de Acceso a la Información Pública
Acceso a IFAI

EDUARDO GUERRERO
Director General de Estudios e Investigación

Mayo 21, 2007

Dependencia o entidad ante la que se presentó la solicitud:	PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA
Folio:	021000009407
Fecha en que se notificó el acto reclamado:	07/02/2007
Acto que se recurre y puntos petitorios:	Se recurre una presunta clasificación de archivos oficiales por parte de la Presidencia en torno a una solicitud sobre sus encuestas y estudios de opinión se requirió, entre otros puntos, copias de los cuestionarios y los estudios de imagen y opinión.
Información solicitada:	1) Solicito que el IFAI valore los argumentos de Presidencia respecto a la reserva contrastándolos con el contenido de las encuestas y estudios de opinión generados. 2) Existe un antecedente del IFAI sobre la entrega de copias de las encuestas respecto a imagen y opinión ciudadana en el sexenio de Vicente Fox, por lo que el criterio generalizado por la nueva administración no se ajusta a los lineamientos del IFAI.
Otros elementos que considere someter a juicio del IFAI:	

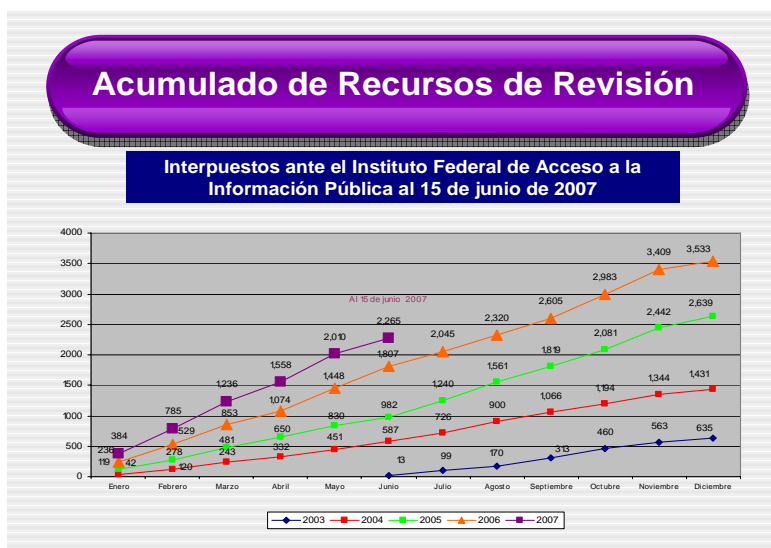
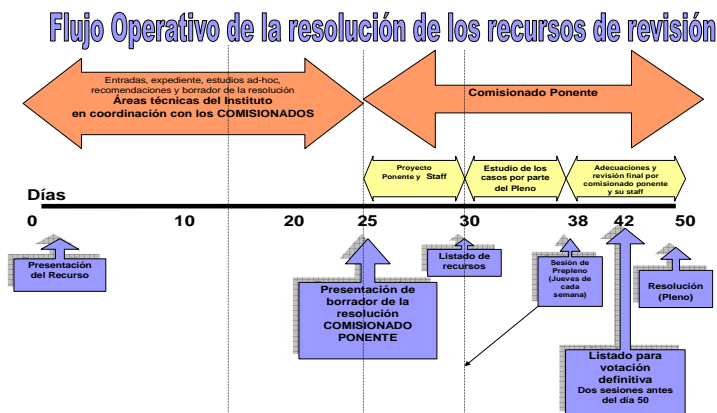
Una vez recibido el recurso de revisión, se turna a un comisionado ponente del Pleno del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, quien debe integrar el expediente y presentar un proyecto de resolución; de ser necesario, se puede determinar la celebración de audiencias con las partes y aplicarse la suplencia de la queja a favor del recurrente. En todo caso debe asegurarse de que las partes puedan presentar, de manera oral o escrita, los argumentos que funden y motiven sus pretensiones, así como sus alegatos, los cuales pueden recibirse por vía electrónica. La resolución del recurso de revisión es pública.³⁰⁴

³⁰² Ver <http://www.ifai.org.mx/SolicitudInfo/RecursoDeRevision>.

³⁰³ Ver artículos 26, 49 y 50 de la LAI.

³⁰⁴ Ver art. 55 de la LAI.

El Pleno del IFAI tiene cincuenta días hábiles para resolver el recurso de revisión, en el cual podrá desechar, sobreseer, revocar, modificar o confirmar la respuesta del sujeto obligado. Las resoluciones, que deberán ser por escrito, establecen los plazos para su cumplimiento y los procedimientos para asegurar la ejecución.³⁰⁵



Las resoluciones de los recursos de revisión del Instituto se someten a votación semanalmente ante el Pleno y son definitivas para los sujetos obligados y no pueden objetarlas en modo alguno; los particulares pueden impugnar dichas resoluciones ante el Poder Judicial. Los recursos de revisión, al igual que las solicitudes de información, también se han incrementado luego de cuatro años de entrada en operación de la LAI.

³⁰⁵ Ver artículo 56 de la LAI.

Autoridad en materia de acceso

La LAI define una instancia autónoma que garantiza el acceso a la información y la protección de los datos personales, que es el IFAI. El Instituto está integrado por cinco comisionados, quienes son nombrados por el Presidente de la República y duran en su encargo siete años. Los nombramientos se someten a la Cámara de Senadores que puede objetarlos por mayoría. El Instituto es presidido por un Comisionado, quien tiene la representación legal y dura en ese encargo un periodo de dos años, renovable por una ocasión; es elegido por los demás comisionados.³⁰⁶



Los Comisionados del IFAI



Dentro de sus principales funciones del IFAI están las de interpretar e implementar el marco normativo aplicable en materia de obligaciones de transparencia, acceso a la información, protección de datos personales y archivos, así como resolver sobre los recursos de revisión que se presenten, además de la difusión y promoción del derecho mismo dentro de la sociedad. El Instituto rinde anualmente un informe público al H. Congreso de la Unión sobre el acceso a la información.³⁰⁷ Las sesiones semanales del Pleno del Instituto, en las que se resuelven recursos de revisión, son públicas y transmitidas en tiempo real a través de su sitio de internet.

³⁰⁶ Ver artículos 33, 34 y 36 de la LAI.

³⁰⁷ Ver artículo 37 y 39 de la LAI.

Información reservada y confidencial

La LAI distingue entre información reservada respecto de la confidencial. La primera tiene por objeto proteger la información gubernamental, se limita su acceso público durante un plazo cierto y determinado y se puede sujetar a pruebas de daño para justificar el por qué no debe darse a conocer temporalmente. La información reservada es aquella que compromete la seguridad nacional o pública, menoscaba la conducción de las negociaciones o relaciones internacionales, daña la estabilidad financiera del país, pone en riesgo la vida de cualquier persona, causa perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones o afecta estrategias procesales, las averiguaciones previas –investigaciones criminales–, los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio y de responsabilidades de servidores públicos en trámite, así como los procesos deliberativos o de toma de decisiones en tanto no sea adoptada la determinación definitiva. El plazo máximo de reserva es de doce años prorrogable; la información es desclasificada si desaparecen las circunstancias de modo, tiempo y lugar que originaron su clasificación.³⁰⁸

Por otra parte, la información confidencial tiene por objeto proteger la vida privada de los particulares, no tiene un límite en el tiempo, y se puede sujetar a pruebas de interés público o de equilibrio. En el caso de personas físicas dicha información se refiere a los datos personales de cualquier individuo como su domicilio, teléfono, expediente médico, origen étnico o racial, características físicas, morales o emocionales y toda aquella que afecten su intimidad. En el caso de las personas morales se trata de información relativa al patrimonio de una persona moral, la que comprenda hechos y actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo relativos a una persona, que pudiera ser útil para un competidor, por ejemplo, sobre el manejo de un negocio, proceso de toma de decisiones o información que pudiera afectar negociaciones, acuerdos de los órganos de administración, políticas de dividendos y sus modificaciones o actas de asamblea.³⁰⁹

Responsabilidades y sanciones.

La LAI establece las responsabilidades administrativas en las que puede incurrir un servidor público por incumplimiento de las obligaciones del propio ordenamiento. Lo anterior, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en las que también se puede incurrir. Son causas de responsabilidad administrativa usar, sustraer, destruir, ocultar, inutilizar, divulgar o alterar, total o parcialmente y de manera indebida información; actuar con negligencia, dolo o mala fe en la sustanciación de las solicitudes de acceso; denegar intencionalmente información no clasificada como reservada o no considerada confidencial; clasificar como reservada, con dolo, información que no

³⁰⁸ Ver artículos 13, 14 y 15 de la LAI.

³⁰⁹ Ver artículos 18 y 19 de la LAI.

cumple con las características inherentes, y no cumplir con las resoluciones del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, entre otras.³¹⁰

Situación del derecho de acceso a la información en México

El Artículo Sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagraba el derecho fundamental de todo ciudadano a la información. El marco constitucional y la falta de principios mínimos dejaba abiertos márgenes a nivel legislativo federal y local; ello provocó que el ejercicio del derecho resultara asimétrico y diverso y, en algunos casos, limitado.

Los Estados de la República y el Distrito Federal cuentan con legislación en la materia, pero se debe reconocer que la legislación es asimétrica en cuanto a los sujetos obligados y titulares del derecho; los plazos, requisitos y procedimientos para ejercerlo; la disponibilidad de medios electrónicos para acceder a la información; el diseño y características de las instancias responsables de garantizarlo –institutos, comisiones, órganos y otros-; los criterios para reservar y clasificar información, y las normas para organizar los archivos públicos.

La reforma constitucional no tiene precedente en nuestro sistema; no proviene del centro sino de los Estados –representados por los gobernadores de Chihuahua, Zacatecas y Aguascalientes-, que desean comprometerse y asumir claramente sus responsabilidades. La reforma constitucional fue votada por unanimidad en las Cámaras de Diputados y Senadores, así como en los poderes legislativos de los Estados de la República. Su publicación fue hecha el 20 de julio de 2007 y se tiene un año para implementarla; ello conllevará a la reforma de las legislaciones federal y estatales en materia de transparencia y acceso a la información.

Así, se reconoce que el acceso a la información constituye un derecho fundamental y que, por ello, es necesario definir principios básicos donde no resultan admisibles criterios distintos para su ejercicio. Si bien se establecen a nivel constitucional los principios mínimos para el ejercicio del derecho de acceso a la información, al mismo tiempo no impide que cada Estado pueda precisarlos e incluso ampliarlos. Finalmente, retoma los consensos y mejores prácticas nacionales e internacionales en la materia, pero no limita que cada Entidad Federativa expida su legislación para adaptarla a las condiciones específicas. Los principios de la reforma constitucional son los siguientes:

- Acceso a la información de todos los órganos del Estado –Federación, Estados y Municipios-.
- Excepciones –reserva- temporales y por causa de interés público.
- Protección a la vida privada y datos personales.

³¹⁰ Ver artículos 63 y 64 de la LAI.

- Procedimiento expedito para el acceso a la información, y a los datos personales por sus titulares.
- Procedimiento de revisión de las decisiones desfavorables ante un órgano especializado e imparcial con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión.
- Sanciones de los servidores públicos.
- Obligación de proporcionar información de interés general (transparencia).
- Regulación de archivos administrativos.
- Disponibilidad de medios electrónicos en poblaciones con más de 70 mil habitantes.

Consideraciones finales.

La responsabilidad del IFAI ha consistido no sólo en interpretar la LAI y resolver los recursos de revisión interpuestos por los ciudadanos, sino también en llevar a cabo actividades muy amplias de promoción del uso del derecho de acceso a la información y de generación de una cultura de la transparencia, tanto en los gobiernos federal, estatales y municipales, como entre universidades, públicas y privadas, organismos de la sociedad civil e instituciones nacionales e internacionales interesadas en los temas de transparencia y acceso a la información pública.

Con la reforma constitucional al Artículo Sexto, el IFAI se prepara para enfrentar otra tarea del brazo de legisladores federales y locales de todos los partidos, con los mejores especialistas en la materia y con las autoridades garantes del derecho de acceso a la información en todo el país, a fin de evitar que las tendencias a la dispersión, la contradicción y el desperdicio, vuelvan a gobernar el desarrollo del derecho de acceso a la información.

En la aplicación de este derecho, los servidores públicos deben aceptar que están sujetos a un escrutinio permanente, por cualquier persona, en cualquier momento y desde cualquier parte; también se deberá reconocer que la información en posesión del gobierno es un bien público que se encuentra al alcance de cualquier interesado.

El acceso a la información pública como derecho fundamental. El caso mexicano

Dr. Héctor Pérez Pintor³¹¹

*Coordinador del Centro de Investigaciones Jurídicas
Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo- México.*

No hace mucho tiempo, diez años a lo sumo, el interés súbito por el acceso a la información y a la transparencia, en detrimento de la bien asentada opacidad, que afectaba -y afecta en algunos aspectos-, a la administración pública mexicana, no es exclusivo de México; los países más desarrollados y la Unión Europea han adoptado, en los mismos últimos diez años, medidas encaminadas a favorecer el derecho de acceso a los documentos públicos o institucionales por parte de los individuos.

En ese sentido, aunque ya se encontraba establecido en la Constitución Mexicana vigente, específicamente en el artículo 6º. no es hasta el año 2002, que las diferentes leyes federal y estatales sobre transparencia y acceso han permitido que ese derecho fundamental, tenga realización efectiva.

El artículo 40 de la Carta Fundamental Mexicana, declara que el pueblo ha decidido constituirse por su voluntad en una República Federal, y que se compone de Estados libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, pero siempre unidos en una Federación.³¹² A su vez, el artículo 73 de la Constitución establece las facultades del Congreso de la Unión (Poder Legislativo). Entre ellas se encuentra la expedición de diversas leyes en el ámbito de competencia federal³¹³. Los Estados, por su parte, de acuerdo con el artículo 116 constitucional, se organizan conforme a la Constitución que

³¹¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, estudios superiores *in arts(music)*, por la Universidad de Utah, E.U.A, licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México. Es miembro, en México, del Sistema Nacional de Investigadores nivel I

³¹² Artículo 40 de la Constitución Mexicana: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuestas de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

³¹³ Artículo 73 de la Constitución Mexicana: “El Congreso tiene facultad: I. (...); X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería (...) XXX. Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”.

cada uno de ellos promulgue³¹⁴. En el aspecto legislativo estatal, el artículo 121 declara que las leyes que dicten los Estados sólo tendrán efecto en su propio territorio³¹⁵.

Retornando al artículo 6°. constitucional, en un primer instante, se concreta la libertad de pensamiento y de manifestarlo —es decir, la difusión libre de ideas— sin el menoscabo de tal acción. Sin embargo, el mismo numeral prevé ciertas excepciones como los ataques a terceros y a la moral, entre otras. Además de una manera muy vaga impone la obligación estatal de garantizar el derecho a la información. Al adicionar tal artículo, como lo veremos más adelante, el legislador “olvidó” hacer una reforma profunda a tal artículo, para adecuar el texto a los instrumentos internacionales que México ha suscrito.

Se ha discutido, algunas veces, si sería necesario incluir en el catálogo de derecho de los estados federados, el derecho a la información y, claro está, su especie, de acceso a la información pública (aunque en la actualidad, con tintes de derecho autónomo). Por ejemplo, en el texto constitucional michoacano no se consagra el derecho a la información, sin embargo, no es menos cierto que, de acuerdo al artículo 1°. de la constitución michoacana, que dice: “En el Estado de Michoacán de Ocampo todos los individuos gozarán de las garantías consignadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...)”, se da la recepción del artículo 6°. de la Constitución Federal.

Una de las características de que reviste el acceso a la información pública, es la susceptibilidad de, al considerarse fundamental, garantizarse por medio del mecanismo de protección constitucional de los derechos fundamentales por excelencia, el juicio de amparo.

Veamos ahora un punto medular para entender ampliamente, el acceso a la información y derechos de género y especie relacionados intrínsecamente con aquél. En México, el debate sobre el derecho a la información y el derecho a la documentación es prácticamente inexistente. Esta situación guarda relación con la ausencia de escuelas iusinformativas con fundamentos sólidos, salvo la que se inicia en la Ciudad de Morelia y en la que ilustres doctores complutenses han sembrado la semilla del saber jurídico-informativo. Sin embargo, las bases legales del Derecho de la Información, y como resultado las del derecho a la información, existen en el ordenamiento jurídico interno.

Por eso, para Eduardo Andrade, la reforma constitucional de 1977, en la que se adicionó la oración “el derecho a la información será garantizado por el Estado” recogió una fuerte tendencia social por asegurar la obtención de información por parte de los gobernados, y se constituyó un derecho público por cuya eficacia debe velar el Estado,

³¹⁴ Artículo 116 Constitucional: “(...)”

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos (...)”.

³¹⁵ Artículo 121 : “(...)”

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él (...)”

mediante normativas que aseguren la tutela jurídica y legal de tal derecho. Y es que, a partir de una nueva reforma constitucional en México, donde se adicionó el artículo 6°. para incorporar, definitivamente, el acceso a la información, pero solamente pública, al catálogo de derechos fundamentales en nuestro país.

Señala el dictamen que propuso la adición a la Constitución que:

“Al concluir el Primer Foro Nacional de Transparencia Local, celebrado en la capital del Estado de Jalisco, tres Gobernadores, de tres Estados y de tres partidos políticos distintos (Amalia García Medina de Zacatecas, Luis Armando Reynoso Femat de Aguascalientes y José Reyes Baeza Terrazas de Chihuahua), firmaron el 22 de noviembre del año 2005 un importante documento, conocido como la “Declaración de Guadalajara”, en la que después de un diagnóstico completo sobre las leyes locales y de las reglamentaciones municipales, se propone una reforma constitucional que incorpore al texto fundamental el derecho de acceso a la información pública y los requisitos mínimos a cumplir en y por toda la República, a saber:

- a) Otorgar a todo mexicano y a toda persona los mismos derechos: sujetar las leyes a los principios de máxima publicidad y gratuidad.
- b) Facilitar al máximo la solicitud de información sin condicionantes artificiales, como la exigencia de demostrar personalidad, firma, identificación o interés jurídico.
- c) Poner a disposición del público todas las modalidades para tramitar solicitudes de información, incluyendo las herramientas electrónicas.
- d) Crear instancias profesionales, autónomas e imparciales para generar una cultura de transparencia y garantizar el acceso a la información en caso de controversia.
- e) Establecer sanciones para los funcionarios que nieguen dolosamente la información.
- f) La obligación de todos los órganos públicos de transparentar los principales indicadores de gestión.
- g) Asegurar la protección de los datos personales.

A mi parecer, sin dejar de reconocer las bondades que tiene dicha reforma, el legislador dejó pasar la inmejorable oportunidad de realizar una reforma completa a todo el entramado constitucional del derecho a la información –incluyendo el acceso-. De tal forma que parece desafortunado que aún reconociendo en dicha exposición de motivos las referencias de los textos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Americano de los Derechos Humanos, no hayan visto lo que tenían frente a sí, el campo iusinfomartivo que daría sustento a esa gran reforma constitucional que tendrá que esperar mejores tiempos en mi país.

La reforma aprobada al comentado artículo constitucional quedó en los siguientes términos:

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes.

En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, con autonomía operativa, de gestión presupuestaria y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

La fracción quinta del artículo comentado señala que son los documentos los que se deben de preservar, y esto nos conduce, inexorablemente, a los criterios que he vertido, el acceso a la información en México bien se puede considerar como “el acceso a los documentos públicos” cobrando singular relevancia tal cuestión puesto que, en este sentido, el derecho positivo no constitucional, parece decantarse por la propuesta de entender que existe una identidad y relación de especie a género entre el derecho a la documentación y el derecho a la información, sustanciada en la facultad de investigar, principalmente, por lo que los mismos órganos constitucionales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Congreso de la Unión, se refieren insistentemente al derecho a la información como parte del derecho de acceso a la información, cuando, en buena comprensión jurídica, debería ser justamente al contrario, por un lado, y, por otro, se sirven preferentemente de la expresión “información”, lo que, en buena técnica jurídica, sólo está destinado a causar mayores complicaciones a la administración pública mexicana.

En el derecho a la información sustentado por el artículo 6º, y más aún, el acceso a la información, se puede arraigar el derecho a la documentación y, si bien en su ejercicio las facultades de investigar y de recibir resultan particularmente potenciadas, el derecho a la documentación es un modo primordial, pero, al fin, modo, del derecho a la información. Por tanto, las características y los principios jurídicos, como el de universalidad subjetiva o el de generalidad objetiva, de ese derecho se podrían traspasar, inicialmente, al menos, al derecho a la documentación.

A nivel legal, el derecho a la documentación, en México, recibe su primer tratamiento normativo en el marco de leyes reguladoras del derecho de acceso a la información pública tanto en el ámbito federal como en el estatal. En ellas, la mera mención de las facultades del derecho a la información se deja de lado para enfocarse sustancialmente en el acceso, del que ni siquiera se dice que es una manifestación de las facultades de investigación y de recepción.

La Suprema Corte de Justicia mexicana ha externado, al respecto, que el derecho a la información reviste el carácter de derecho público subjetivo, establecido a favor de todo gobernado, estando obligadas a su cumplimiento todas aquellas personas que tengan el carácter de servidores públicos y de autoridades, es decir, el derecho a la información indefectiblemente puede y debe producir consecuencias jurídicas, traspasando todas esas consecuencias al acceso a la información como una especie de aquel derecho. Este punto podría resultar polémico puesto que en la actualidad se favorece una tendencia práctica a sostener el acceso como un derecho autónomo, no obstante, a mi entender no podríamos concebir el derecho de acceso sin el presupuesto del derecho a la información, es decir, aunque en la actualidad tome su camino propio, el acceso hereda, indudablemente, las funciones específicas de la información.

Por otro lado, aunque la influencia de los Instrumentos internacionales sobre los ordenamientos internos es más intensa en la perspectiva regional, México continúa a la zaga en la materia, ya que ni la redacción del actual artículo 133 de la Constitución mexicana ha posibilitado que el legislador tome una actitud coherente en la materia que hoy nos ocupa y nos preocupa.

Se debe puntualizar al respecto que admitir la posibilidad de que un derecho establecido en la Constitución no sea exigible jurídicamente, justiciable o accionable ante los tribunales, implicaría aceptar la validez de la flexibilidad normativa a nivel constitucional, esto es, que lo establecido como “derecho fundamental”, denominación que hace la Corte de los derechos humanos, de un Estado por sus órganos constituyentes, no tenga más valor que la mera expresión semántica de tal “derecho fundamental”, lo que es evidentemente contrario a un régimen democrático de derecho.

La apuesta de la Comunidad de Madrid por unos servicios públicos de calidad

*Ángel Conde Gómez
Subdirector Gral. de Atención al Ciudadano.
Comunidad de Madrid*

La Comunidad de Madrid viene apostando desde hace más de una década por ofrecer unos servicios públicos de calidad y satisfacer con niveles de excelencia las demandas y necesidades de los madrileños.

Con el ciudadano como centro de la actividad administrativa, desde la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano se trabaja en la mejora continua de los servicios que se prestan, la expansión de la atención al público, la eficacia y eficiencia de la gestión, el desarrollo de la Administración electrónica, la eficiencia y la transparencia en la gestión.

El esfuerzo desarrollado ha supuesto avances importantes y significativos en la relación entre los ciudadanos y la Administración Regional madrileña, haciendo más fácil la gestión de trámites administrativos gracias a las nuevas tecnologías y a Internet; abriendo nuevos canales, oficinas y áreas de atención al ciudadano en los municipios de la Comunidad; potenciando el teléfono 012, que se ha convertido en la referencia de los madrileños a la hora de relacionarse con la Comunidad de Madrid; formando a los empleados públicos en la excelencia y la calidad en su desempeño diario; desarrollando los compromisos de calidad con los madrileños a través de las Cartas de Servicio; o generando importantes ahorros en materia energética que han supuesto un aumento de la eficiencia en el gasto de nuestra Administración.

Los resultados más significativos de esas actividades se concretan en:

- La posibilidad de iniciar on-line más de 400 procedimientos administrativos y tramitar más de 20 de forma completa, incluyendo el anexo de documentación, el pago telemático o los certificados electrónicos.
- La creación en www.madrid.org del Portal de Administración Electrónica y de la web 012- Atención al Ciudadano.
- La apertura de 2 Oficinas de Atención al Ciudadano en Madrid capital, de 11 Conjuntas con ayuntamientos de la región y 6 nuevas oficinas registradoras de firma electrónica en otros tantos municipios.
- El teléfono 012 de atención al ciudadano ha crecido de forma sostenida un 25% de media por año, abarcando la práctica totalidad de áreas de información de la Comunidad.

- El 84 % de los usuarios de los servicios de atención al ciudadano (telefónico y presencial) se muestran satisfechos por el servicio recibido y lo valoran con un 8,5 sobre 10.
- El 99% de los municipios de la región dispone de Ventanilla Única.
- Un ahorro de 17 millones de euros en gasto corriente y energético de la Administración de la Comunidad de Madrid.

La **Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano** es la unidad encargada de llevar a cabo las actuaciones necesarias para el desarrollo de la calidad en la Administración Regional, el impulso y ejecución de la Administración electrónica, la evaluación de los servicios públicos y los Planes de Ahorro. Además, tiene encomendada la prestación de la atención al ciudadano a través de las Oficinas presenciales, el teléfono 012 e Internet, la gestión del Registro General de la Comunidad de Madrid y de las quejas y sugerencias de los ciudadanos, así como del Defensor del Contribuyente.

Esta Dirección ejerce las competencias que se regulan en el artículo 47 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid y, en particular las que a continuación se mencionan:

En materia de calidad de los servicios:

- Desarrollo de actuaciones en materia de calidad bajo los criterios del Modelo EFQM.
- Evaluación, medición y elaboración de Planes de Mejora de Servicios Públicos.
- Implantación, coordinación y seguimiento de los proyectos englobados en el Plan Estratégico de Simplificación de la Gestión Administrativa (PESGA).
- Elaboración de proyectos en relación a la racionalización del gasto y energía.
- Establecimiento del marco legal sobre las que se rigen las actuaciones de la Dirección General de Calidad de los Servicios y Atención al Ciudadano.

En materia de atención al ciudadano:

- Organización de la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid coordinando:
- El sistema de atención al ciudadano (incluyendo el teléfono de 012).
- El sistema de quejas y sugerencias de la Comunidad de Madrid.
- La actividad de registro y del proyecto Ventanilla Única en el ámbito autonómico madrileño.
- El portal www.madrid.org.
- Las funciones propias del Defensor del Contribuyente a las que hace referencia el artículo 2 del Decreto 22/1999, de 11 de febrero, de creación del Defensor del Contribuyente en la Comunidad de Madrid.

Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿Dónde está el límite?

Raúl Arrieta Cortés

Abogado, Universidad Central de Chile

Magíster (c) en Derecho Público, Universidad de Chile

Resumen

El presente trabajo parte de la premisa que nos recuerda Samuel Huntington de que el significado político más importante de la democracia es la capacidad que poseen sus instituciones para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos³¹⁶.

Por otra parte que el Estado moderno junto con abandonar la imagen de Estado benefactor y paternalista; se ha abierto a una mayor participación de la sociedad civil y en ese sentido, la gestión pública se ha visto obligada a incorporar elementos de convencimiento que generen consenso y permitan una acción pública eficaz fundada en la co-gestión y la democracia.

Ahora bien, para que las dos cuestiones señaladas precedentemente tengan espacio de desarrollo y concreción, resulta indispensable que los ciudadanos tengan acceso a la información que se encuentra en poder del Estado. Sin embargo, consideramos que junto a ello es igualmente importante que el Estado sea capaz de asegurar que dicho acceso no signifique una merma en los derechos fundamentales de las personas vinculados a la autodeterminación. Es decir, que las nuevas formas que va adoptando el Estado y la sociedad no importen una renuncia de los ciudadanos a una parte de su privacidad, libertad y dignidad.

El acceso a la información pública

Existe un significativo consenso en torno al hecho de que la divulgación de la información que se encuentra en poder del Estado debe jugar un rol muy importante en una sociedad democrática, pues es necesaria para evitar abusos de los funcionarios gubernamentales, promover la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y así poder permitir un debate público sólido e informado.

De esta forma, al hablar de acceso a la información pública necesariamente estamos refiriéndonos al tipo de democracia que queremos, resultando forzoso distinguir entre democracia formal y sustancial, ya que en la actualidad esta forma de gobierno aparece como compatible, por un lado, con doctrinas diferentes en contenido ideológico, por el

³¹⁶ HUNTINGTON, Samuel P., *“El sobrio significado de la democracia”*, Centro de Estudios Públicos, Revista 33, año 1989, pp 3.

otro, con una teoría que, en alguna de sus expresiones y por cierto en su motivación inicial, ha tenido un contenido netamente antidemocrático, precisamente porque siempre ha ido asumiendo un significado esencialmente de procedimiento y no sustancial. Es por ello, que si se recurre a la vieja fórmula que considera a la democracia como gobierno del pueblo para el pueblo³¹⁷, la democracia formal es más que nada un gobierno del pueblo y la democracia sustancial es más que nada un gobierno para el pueblo³¹⁸. De este modo, al referirnos al acceso a la información pública nos estamos refiriendo a la democracia sustancial, donde lo que resulta esencial es que las actuaciones de los poderes públicos tengan lugar para el pueblo y éste tenga como conocer el contenido y los fundamentos de las mismas, es decir, se trata de llenar de contenido las cuestiones meramente formales que nos permiten afirmar que un Estado es verdaderamente democrático.

Dicho ello y con el objeto de relevar la importancia que tiene el acceso a la información pública para la democracia, resulta útil recordar el Discurso Fúnebre pronunciado por Pericles con ocasión de un funeral simbólico que se le hace a los atenienses caídos hasta ese momento en la Guerra del Peloponeso en el año 431 a.c., donde las palabras pronunciadas son tal vez la más profunda y viva alegoría conocida sobre la democracia ateniense. En ellas se da cuenta de que la grandeza de Atenas era que todo ciudadano podía participar directamente en la adopción de las decisiones públicas con sus opiniones y sus votos, lo que potenciaba su identificación con los proyectos colectivos y el uso de la razón como forma de discutir y enfrentarse a los problemas. Esa forma de gobierno permitía a los atenienses considerarse auténticamente iguales entre sí y ser líderes y héroes en potencia, lo que les impulsaba a tener un alto concepto de su propia dignidad y de su importancia como individuos. Esto sólo es posible si se conoce el verdadero actuar de los poderes públicos.

Así, antes de entrar en el análisis del contenido y la evolución normativa que ha sufrido el acceso a la información pública en nuestro país, es necesario asentar dos premisas sobre las que discurrirán las páginas siguientes: al hablar de acceso a la información pública estamos hablando de democracia y el objeto de este acceso tiene una doble dimensión, controlar al gobierno y participar en los asuntos públicos.

La preocupación por el acceso a la información pública en nuestro país es de reciente data. Los primeros esfuerzos estatales por otorgar un reconocimiento expreso se remontan al Informe de la Comisión de Ética Pública de 1994³¹⁹. Sin embargo, es recién en el año

³¹⁷ Abraham Lincoln pronunció esta frase en su famoso discurso de Gettysburg del 19 de noviembre de 1863. Ha sido tradicionalmente considerada como una de las definiciones más expresivas de «democracia», pero Lincoln no utiliza este término en su discurso.

³¹⁸ Véase Bobbio Norberto, Matteucci Nicola y Pasquino Gianfranco *“Diccionario de Política”*. Siglo veintiuno editores, México DF, 2002, pp 441-453.

³¹⁹ Comisión creada por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle para hacer frente a los primeros escándalos de corrupción ocurridos desde la recuperación de la democracia en 1990.

1999 que la idea cobra forma normativa mediante la entrada en vigencia de la Ley 19.653³²⁰ que dispone en el artículo 1 N° 7:

“Son públicos los actos administrativos de los órganos de la administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

Lo anterior resulta especialmente importante en este análisis, toda vez que conforme a lo preceptuado en el artículo 53 de la Ley 18.575³²¹, el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley, forma parte del interés general que fundamenta la probidad administrativa, calificación mediante la cual el estatuto legal vigente forma parte e integra la probidad administrativa, lo que refuerza y complementa su naturaleza de derecho fundamental de incidencia colectiva³²².

Con posterioridad, en el año 2002, entra en vigencia la Ley 19.880³²³ que complementa el estatuto jurídico de la publicidad del actuar de la Administración, consagrando en el artículo 16 el principio de transparencia y publicidad en los siguientes términos:

“El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirven de sustento o complemento directo o esencial”.

Ese era el marco normativo que regía el acceso a la información pública en Chile hasta el año 2005. En esa dimensión el lector podrá advertir que un derecho de esta significación para la democracia tenía rango legal y se encontraba circunscrito a los órganos de la Administración del Estado³²⁴, encontrándose excluido por ello todo el resto

³²⁰ DFL 1/19.653 sobre Probidad Administrativa Aplicable a los órganos de la Administración del Estado, que refundió la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, pasando ese artículo a ser el 13.

³²¹ Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001.

³²² Olmedo, Juan P., “Derecho de Acceso a Información Pública: Secreto y Reserva”. www.proacceso.cl, 2004.

³²³ Ley que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

³²⁴ El artículo 1° inciso 2° de la Ley 18.575 señala que la Administración del Estado está constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y

de la estructura estatal, es decir, manteniendo espacio para feudos de secretismo donde los ciudadanos no tenían posibilidad de controlar el actuar del Estado ni participar en él.

Llegado el 2005 se reformó la Carta Fundamental³²⁵, incorporando en el artículo 8º³²⁶ el derecho al acceso a la información pública en los siguientes términos:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

El precepto constitucional transcrito, informa al resto del marco normativo aplicable en materia de publicidad y acceso a la información administrativa. Así, en virtud del principio de supremacía constitucional, en base al cual ninguna preceptiva de rango inferior puede contradecir la normativa de jerarquía constitucional, se derogaron tácitamente, por el solo ministerio de la ley, todas las normativas de rango legal, reglamentario o administrativo que hayan establecido categorías de documentos secretos o reservados.

El citado artículo 8º de la Constitución, ha determinado que sólo mediante una ley de quórum calificado se puede establecer el secreto o reserva de los actos y procedimientos de los órganos del Estado y sólo por las causales que el mismo artículo ha especificado. Asimismo, el artículo 13º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, también establece las causales que autorizan la denegatoria del acceso a actos y documentos de la Administración. Dichas causales son consistentes con las que autoriza el artículo 8º de la Constitución, a excepción del secreto reglamentario a que alude el inciso final del artículo 13º, el cual, por lo tanto, ha de entenderse tácitamente derogado por la Constitución.

Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

³²⁵ Ley 20.050 que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

³²⁶ Resulta interesante recordar, por la significación política y por el contenido normativo, que dicho artículo había sido derogado con ocasión de la recuperación de la democracia en el año 1990. El antiguo artículo 8º disponía en su inciso 1º: “Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República”.

Consiguientemente, las únicas causales por las cuales se puede denegar, por motivos fundados, el acceso a un acto o documento administrativo, son:

- a) Cuando una norma legal disponga su silencio o reserva.
- b) Cuando la publicidad del acto o documento concreto impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.
- c) Cuando exista oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en el acto o documento requerido.
- d) Cuando la divulgación o entrega del acto requerido afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada del jefe superior de la institución.
- e) Cuando la publicidad afecte el interés o la seguridad nacional.

Se debe tener presente, que la Ley N° 20.050, también incorporó a la Constitución Política de la República la Disposición Cuarta Transitoria, bajo el amparo de la cual, las demás leyes dictadas con anterioridad a la vigencia del nuevo artículo 8° de la Constitución, deben entenderse vigentes aun cuando no hayan sido aprobadas con quórum calificado.

De este modo, se colige que las leyes vigentes sobre secreto o reserva de actos o procedimientos de la Administración, que en virtud de los nuevos preceptos constitucionales deben ser aprobadas con quórum calificado, cumplen con este requisito y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a lo prescrito por la Constitución. Esto significa que las leyes anteriores a la reforma constitucional de 2005, que establecen casos de secreto o reserva, en la medida que concuerden con las causales definidas por el artículo 8° de la Constitución, pueden aplicarse.

Ahora bien, volviendo en el análisis a la relación que declaramos entre acceso a la información pública y democracia, resulta útil resaltar el hecho de que la mayor significación del entorno creado a la luz de las normas señaladas precedentemente se encuentra en que se establecen los cimientos destinados a posibilitar que el ciudadano conozca las acciones de quien detenta el poder y, en consecuencia, pueda controlarlo, sumado al hecho de que la publicidad es en sí misma una forma de control, un medio que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito. En palabras de Kant, “son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados”³²⁷.

Finalmente, en lo que respecta a este punto, nos parece importante destacar el hecho de que como consecuencia de la contingencia nacional el derecho de acceso a la información pública se ha configurado básicamente como un medio de control del poder, lo que en ningún caso menospreciamos, pero sí consideramos insuficiente, toda vez que

³²⁷ Kant, Immanuel, “Sobre la paz perpetua”, Alianza Editorial, Madrid, 2006, p.100.

resulta igualmente indispensable que sirva como instrumento de concreción de la garantía constitucional de participación, para así contribuir a convertir los asuntos públicos en cosa de todos y no sólo en cuestiones de las autoridades públicas. Es en este contexto, que el acceso a la información pública también ha de ordenarse como un derecho conducente a alcanzar la participación del ciudadano en la construcción de las políticas públicas que han de servir de concreción de las necesidades colectivas que se ejecutan en país para la consecución del bien común.

La protección de datos personales

En las próximas páginas abandonaremos por un momento lo que se refiere al acceso a la información pública para concentrarnos en la protección de datos personales.

En tal sentido, comenzaremos nuestro análisis señalando que en el Siglo XXI la función administrativa surge como una actividad prestacional, conformada socioeconómicamente para el desarrollo sustentable del país y creadora de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, según el mandato expresado en el artículo 1º de la Constitución.

Como consecuencia de ello y del deber de colocar al Estado al servicio de las personas, resulta posible hallar significativos esfuerzos por mejorar la información y los servicios ofrecidos a las mismas, de manera de aumentar los niveles de eficiencia y eficacia de la gestión pública, incrementar los niveles de transparencia y fomentar la participación ciudadana.

En el logro de dichas finalidades, ha jugado un rol preponderante la incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación al abrir ellas nuevos e interesantes canales, tanto para la provisión de servicios a la sociedad, como para mejorar la calidad de vida y oportunidad de la información a la que los ciudadanos pueden acceder³²⁸.

Junto a las innegables virtudes de dichas tecnologías, es necesario reconocer que ellas también tienen sus riesgos, siendo tal vez uno de los mayores, el peligro para las personas de que entren en conflicto con el derecho a la intimidad y a la posibilidad de autodeterminación.

Dicha amenaza encuentra su principal fundamento en las capacidades que brindan las tecnologías de obtener, procesar, almacenar y comunicar información de un modo no limitado por la distancia, el tiempo o el volumen. De este modo, debe aparecer ante los ojos del lector que el uso desviado de la tecnología de tratamiento de datos personales supone claros peligros para la libertad, para el derecho a no ser discriminado y, asimismo, para la propia dignidad de la persona.

³²⁸Ver Instructivo Presidencial N° 5, de 2001, que imparte instrucciones para el desarrollo del Gobierno Electrónico.

Así, y sólo con la finalidad de vincular transitoriamente este tema con el acceso a la información pública, resulta indispensable que la información que el Estado obtiene de las personas en el ejercicio de sus funciones sea tratada con elevados estándares de protección, ya que por el grado de perfeccionamiento actual de la tecnología, “podría degenerar en el más implacable fenómeno de control y manipulación social”³²⁹, haciéndose posible una vigilancia de hecho de la vida cotidiana del individuo.

Lo anterior, necesariamente conduce a que el Estado actúe con el mayor celo posible en el tratamiento de los datos de carácter personal, toda vez que ella es la única manera de asegurar al individuo el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y, especialmente, el respeto a su intimidad ante el cada vez más frecuente tratamiento automatizado de dichos datos.

La protección de datos personales es el amparo de los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales, con el fin de confeccionar información que, identificable con él, afecte su entorno personal, social o profesional, en los límites de su intimidad.

En base a la definición señalada, resulta necesario clarificar que la protección de datos no persigue mantener fuera del conocimiento público aspectos de la vida privada de un individuo, sino dotar al ciudadano de los medios necesarios para controlar quién, cómo, dónde y con qué motivo conoce cualquier información acerca de su vida, íntima o no, pública o secreta³³⁰.

De esta forma, el tradicional concepto de privacidad asociado a la idea de ser dejado sólo, sufre una mutación, caracterizada más bien por el hecho de que cada uno debe tener la posibilidad de gobernar la circulación de las informaciones que le concierne. Entendida así la privacidad, se convierte cada vez con mayor fuerza en un elemento central de la libertad del ciudadano en la sociedad de la información. Libertad que ha de ser gobernada por cada quien, pero con un significativo deber de atención por parte del Estado, para proteger a las personas del mal uso que se pueda hacer de sus datos. Así, desaparecen los santuarios públicos y privados de información protegida de los ciudadanos.

¿Dónde está el límite?

Los señalado en los dos puntos anteriores nos deja en condiciones de afirmar que nos encontramos en presencia de dos piezas fundamentales de una sociedad democrática, lo que ha de conducirnos necesariamente a la búsqueda del equilibrio que permita liberar la tensión que se puede advertir entre el acceso a la información pública y la protección de

³²⁹ Pérez L., Antonio, “La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo”, citado en Garriga D. Ana, “Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales”, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp. 25.

³³⁰ Garriga D. Ana, ob. Citada, pp. 29-30.

datos personales, derivada de que ambos derechos no pueden ejercerse en todos los casos de manera absoluta.

Así, a la hora de hablar de acceso a la información pública es necesario adoptar todas las previsiones que permitan asegurar el pleno respeto de los derechos y garantías fundamentales de las personas, y en especial, el derecho al respeto y a la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución. Ello, necesariamente conduce a preguntarnos si es posible que la privacidad conviva con la idea de democracia entendida como gobierno en público.

Al respecto, estimamos que lo señalado es perfectamente posible si y sólo sí, junto con avanzar en la legislación asociada al acceso a la información pública, también se considera la necesidad de fortalecer lo que guarda relación con la protección de datos personales, resultando ello esencial por el hecho de que en una sociedad democrática sólo son admisibles las limitaciones a la privacidad que sean necesarias para la preservación de ésta.

Es por lo anterior, que resulta indispensable garantizar la democracia por todas sus aristas, buscando para estos efectos que la aparente pugna entre acceso a la información pública y protección de los derechos fundamentales sea delineada por intermedio del reconocimiento mutuo de límites, orientados a lograr el equilibrio entre las fuerzas que pugnan por la publicidad y la privacidad, respectivamente.

Ahora bien, para precisar el mecanismo que nos parece más idóneo para lograr el equilibrio mencionado, es necesario incorporar en el análisis los principios que han de regir el tratamiento de datos personales, de manera encontrar en ellos un punto de partida en la búsqueda del mismo.

Los principios de la protección de datos son normas que regulan la recogida, registro y uso de los datos personales y están encaminados a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos, como la congruencia y racionalidad de su utilización. Estos principios son:

- a) Principio de la pertinencia: Los datos deben ser adecuados y encontrarse relacionados con el fin perseguido. Por lo tanto, no van a poder solicitarse ni registrarse más datos personales que los estrictamente necesarios para el cumplimiento de la finalidad constitucional o legalmente encomendada al organismo público de que se trate.
- b) Este principio no se encuentra reconocido de manera genérica en nuestra legislación, sin embargo, el artículo 20 de la Ley 19.628³³¹ permite en alguna medida hacerse cargo de este principio en el Estado al disponer que “El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”.

³³¹ Sobre protección de la vida privada, publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1999.

- c) Principio de la finalidad: Los datos sólo podrán recogerse y tratarse de acuerdo con una finalidad legítima y determinada y, por lo tanto, no podrán recogerse datos para finalidades contrarias a la ley o al orden público, debiendo ser respetuosas con los valores constitucionales y los derechos fundamentales. Así, los datos personales recolectados no podrán ser utilizados de manera incompatible con la finalidad para la cual fueron recabados.
- d) En nuestra legislación, este principio se encuentra consagrado en la Ley 19.628 en el artículo 9° que dispone que *“Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”* y en el artículo 5° inciso 4°, relativo a la transmisión de datos personales en forma electrónica, que señala que *“El receptor sólo puede utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión”*.
- e) Principio de veracidad y exactitud: Los datos debe ser conformes con el concepto que representan y deben encontrarse al día. Así, los datos personales deben encontrarse actualizados y no responder a una situación anterior a la de la recogida y en ese momento inexistente.
- f) La Ley 19.628 considera este principio en el artículo 6° inciso 2° al 4° que dispone que los datos personales *“Han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos. Se bloquearán los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudosa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación. El responsable del banco de datos personales procederá a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular”*. Adicionalmente el artículo 9° inciso final señala que *“En todo caso, la información debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos”*.
- g) Principio de lealtad: Los datos personales deben recogerse sin engaños o falsedades por parte de quien los solicita.
- h) Este principio se encuentra recogido en el artículo 4° de la Ley 19.628 que dispone que *“La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público. La autorización debe constar por escrito. La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito”*.
- i) Principio de seguridad de los datos: Deberán adoptarse las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales evitando su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.
- j) Este principio no se encuentra recogido en nuestra Ley.

Consideraciones finales

Hechas todas las reflexiones anteriores, en este punto parece necesario pronunciarnos respecto a la forma en que se debe implementar el derecho de acceso a la información pública para lo cual hay que determinar cuál es la información que debe hacerse pública, ¿aquella originada a partir únicamente del Estado o también la que se produce cuando hay particulares que aportan en el proceso?. La respuesta pareciera ser clara, en aras del acceso a la información, la transparencia y la probidad, necesariamente la premisa inicial ha de ser permitir el acceso a ambas sin distinguos. No obstante, ello podría resultar complejo en algunas situaciones, porque en pro de dichos valores democráticos el Estado podría llegar a tener la obligación de entregar y revelar datos que pueden ser sensibles, sea para la vida privada de las personas, sea para evitar que a las empresas se les ocasione un daño competitivo.

Así, es posible afirmar que si bien es cierto que en todo régimen democrático debería garantizarse el derecho de acceso a la información pública, también es cierto que debe salvaguardarse el derecho a la protección de datos personales y especialmente a la autodeterminación informativa. Ahora bien, para resolver la posible tensión que puede producirse entre ambos derechos, lo importante es buscar acercamientos interpretativos a efectos de que las colisiones de derechos no sean irreductibles y por lo tanto, la controversia insalvable. Concretamente en materia de acceso a la información y protección de datos personales, existen puntos de colisión que ameritan un análisis exhaustivo y caso a caso³³².

De este modo, tratándose de la información que se encuentra en poder del Estado, sea porque la generó el mismo, sea porque se la aportaron particulares en su relación con el mismo, la limitación al acceso a la información ha de encontrarse en los derechos de terceros, especialmente en los que guardan relación con la autodeterminación personal. Expuesto de otro modo, la confidencialidad de la información se encontraría destinada a proteger la esfera de acción de los particulares respecto de la injerencia indebida de otras autoridades y de otros particulares. Dicho ello, al momento de calificar si una determinada información que se encuentra en poder del Estado es posible entregarla en virtud del derecho de acceso a la información pública, los órganos del Estado deberán tener en consideración dos aspectos. En primer lugar la posibilidad de que se vulneren los derechos de quienes entregaron la información y los principios del tratamiento de datos personales, para asegurar que se respete la forma y fin para el que la información fue recogida.

En nuestra legislación, la forma de resolver este asunto se encuentra en la propia Ley 18.575 que establece en el artículo 13 un procedimiento destinado a dar traslado a los terceros que se puedan ver afectados por la información que se le requiera a los órganos

³³² Véase Red Iberoamericana de Protección de Datos, “*El acceso a la información pública y la protección de los datos personales*”, Huixquilucan (Estado de México), 4 de noviembre de 2005.

de la Administración del Estado. La finalidad de esta norma, es que sean ellos mismos los que se pronuncien respecto a la información requerida y que puede interesarle o afectarle. Sin embargo, la solución normativa es parcial por dos cuestiones a saber; la primera, por cuanto sólo es aplicable a los órganos de la Administración del Estado y, la segunda, toda vez que basta con que el tercero manifieste una simple negativa como para que la Administración quede impedida de acceder a lo solicitado.

Así, estimamos que resulta necesario avanzar hacia soluciones en las cuales el interés público prevalezca sobre los intereses individuales, es decir, que el bien que busca obtener el Estado con la apertura de esta información sea superior al daño que se causaría al particular al vulnerar su derecho a la privacidad.

Es por lo anterior, que el equilibrio debe encontrarse en un proceso de prueba del interés público que lleve a la autoridad a realizar una valoración cuidadosa y detallada de los intereses en conflicto para permitir, en circunstancias excepcionales, la posibilidad de divulgar cierta información personal.

Siguiendo en nuestra propuesta el documento de la Red Iberoamericana de Protección de Datos antes referido, el procedimiento contemplado en el artículo 13 de la Ley 18.575 debería pasar a basarse en los siguientes elementos:

- a) La autoridad debe resolver el conflicto por medio de una decisión fundada y motivada.
- b) Deben establecerse condiciones de procedimiento tales que aseguren la debida garantía de audiencia de los titulares de los derechos en conflicto.

Se realice únicamente a petición de parte, de manera que frente a la negativa del tercero afectado por el requerimiento de información sea quien ejerció el derecho de acceso el que solicite se inicie el proceso de prueba del interés público.

Bibliografía

Bobbio Norberto, Matteucci Nicola y Pasquino Gianfranco “*Diccionario de Política*”. Siglo veintiuno editores, México DF, 2002.

Olmedo, Juan P., “Derecho de Acceso a Información Pública: Secreto y Reserva”. www.proacceso.cl, 2004.

Kant, Immanuel, “Sobre la paz perpetua”, Alianza Editorial, Madrid, 2006

Garriga D. Ana, “Tratamiento de Datos Personales y Derechos Fundamentales”, Editorial Dykinson, Madrid, 2004

Red Iberoamericana de Protección de Datos, “*El acceso a la información pública y la protección de los datos personales*”, Huixquilucan (Estado de México), 4 de noviembre de 2005.

El acceso a la información pública y su control político

*Dr. Fernando Ramos Fernández
Universidad de Vigo*

En numerosos ámbitos de la actual Administración del Estado (desde el aparato central a las corporaciones locales) y en no pocos políticos en ejercicio, el cualquier aparato de poder, es fácil detectar síntomas de viejas instituciones como el denominado "secreto del Rey", despótica institución que reservaba a los súbditos, que no ciudadanos, la única función de limitarse a conocer las órdenes que deberían obedecer, sin tan siquiera saber por qué. Los regímenes autoritarios perfeccionaron aquella odiosa costumbre, como si los ciudadanos fuesen menores de edad, sometidos a la permanente tutela del Estado, cuya felicidad dependía directamente de su ignorancia o era fruto directo de ella.

"El secreto se considera la base un gobierno sólido"³³³.

Los que ostentan el poder no son, por lo general, demasiado amigos del flujo libre de la información, porque la información es la esencia del poder mismo. Un entramado de leyes, reglamentos y disposiciones diversas, a todos los niveles, desde el presidente del gobierno a las órdenes cursadas por un simple alcalde o incluso un concejal-delegado, trata de impedir o filtrar que la información sea de fácil acceso. En este caso, la casuística nacional presenta abundancia de ejemplos, en no pocos casos, realmente insólitos y pintorescos.

La realidad demuestra, empero que, gran parte del conocimiento esencial se encuentra en manos de organismos y funcionarios gubernamentales que pueden frustrar el proceso democrático manteniendo en secreto materiales pertinentes (F.S. HAIMAN).

"En un sentido fundamental, los datos que se encuentran en manos del Gobierno pertenecen al público, ya que han sido obtenidos mediante el uso del dinero de los contribuyentes y para el ejercicio de la autoridad derivada de las personas en general".³³⁴

³³³ MARTHOZ J.P., *"El Derecho a saber"*, encuesta internacional sobre los derechos y restricciones de los periodistas, realizada por la Federación Internacional de Periodistas y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, publicada en Información FIJ, número XXXX, 1992 pág. 5.

³³⁴ HAIMAN, Franklin S., cita recogida por Jean-Paul Marthoz en *"El Derecho a saber"*, encuesta internacional sobre los derechos y restricciones de los periodistas, realizada por la Federación Internacional de Periodistas y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, publicada en Información FIJ, número XXXX, 1992, pág.1.

Los políticos en ejercicio, sea cual fuera la función que desempeñen, el grado de poder que ostentan y la responsabilidad a la que hayan sido llamados, suelen tener cierta predilección por intentar diseñar la agenda de los periodistas que se encargan de informar de sus actividades. En el mejor de los casos, no paran de convocar conferencias de prensa para informar de trivialidades o de inundar las redacciones con toda suerte de informes, estadísticas y comunicados de, frecuentemente, escaso interés. Pero al mismo tiempo, restringen con la misma intensidad el acceso libre a documentos que son y deben ser públicos por su propia naturaleza, utilizando con habitualmente la discrecionalidad política para facilitar o no ese conocimiento.

También es frecuente que la información de interés sea utilizada como mercancía o contravalor para el pago de servicios mercenarios, a través de filtraciones interesadas a medios o periodistas amigos, proclives o próximos. Los ejemplos son notables en este caso. Antes y ahora, algunos políticos y algunos informadores sostienen entre sí espúreos sistemas de hospedaje y simbiosis, en una continua retroalimentación.

Para los verdaderos profesionales de la comunicación la libertad de prensa se entiende, esencialmente, prioritariamente, como libertad de acceso a las fuentes de información. En este sentido, nada lo expresa mejor que le definición de este concepto, fijada por la Comisión Real Británica de Prensa en 1977:

"La libertad esencial para permitir que los propietarios, redactores y periodistas defiendan los intereses del público dando a conocer hechos y opiniones sin que un electorado democrático no puede tomar decisiones responsables".

*"La historia nos enseña -escribe Aidan WHITE, ex secretario general de la Federación Internacional de Periodistas- que las estructuras políticas monolíticas se aíslan de las sociedades a las que sirven. Lo mismo se puede decir de los medios de comunicación social. Mientras continúen convergiendo los intereses políticos y económicos, el reto inmediato que enfrentan los medios de todo el mundo es el de proporcionar una plataforma apropiada para la realización de reportajes críticos, francos e informados, de los que depende la democracia".*³³⁵

Las instituciones públicas y los ciudadanos

La institución pública; es decir, la estructura administrativa o la entidad, cuya razón de ser consiste en servir a los ciudadanos, actúa en doble sentido en la comunicación y en la organización. La política de comunicación de una institución depende de los niveles de organización y de dirección. Sin embargo, la eficiencia de su sistema de comunicación y la calidad de sus comunicaciones son responsabilidad de todos sus miembros con independencia del lugar que ocupen en la estructura de la entidad.

³³⁵ MARTHOZ, J.P. op.,cit, pág.III.

Independientemente del factor de buena imagen que proyecta, la calidad de las comunicaciones está en proporción directa con la adecuada toma de decisiones. Una política global de comunicación constituye un programa de gestión que atiende, tanto a las relaciones internas como a las relaciones externas de la entidad pública que las genera. Desde que 1983 Chester Barnard dijo que la tarea más importante de un ejecutivo, de un dirigente, de un responsable, de un cargo y de un funcionario público, en suma, era la comunicación, se ha demostrado continuamente que quienes asumen niveles de responsabilidad en una organización deben ser esencialmente personas comunicativas.

La comunicación pública personaliza, distingue y hacer conocer a una institución. Constituye un proceso permanente que la organización debe asumir y desarrollar. De la buena relación con sus públicos; es decir, los ciudadanos, depende el éxito de la gestión institucional. Para Norbert Wiener "la comunicación es el cemento que forma las organizaciones. Sólo la comunicación permite a un grupo que piense unido, que sea unido y que actúe unido".

Cada vez más, las administraciones públicas, de cualquier rango y nivel, se parecen más, en su funcionamiento, a las empresas privadas, a las empresas que prestan servicio a los ciudadanos. A la obligación constitucional de transparencia y eficacia, se une la de mostrarse ante los ciudadanos abiertas y asequibles, facilitando en todo momento los cauces de conocimiento y relación que contribuya a ese necesario acercamiento.

Pero no solamente, las instituciones traten de dotarse y mantener la imagen que responda a su propios valores culturales, sino que cada vez más se trata de acomodar sus manifestaciones externas a la perfección y la eficacia. A ese fin sirve el protocolo, entendido precisamente como eso: el arte de hacer las cosas como deben hacerse. Protocolo, ceremonial, etiqueta, cortesía social, orden de preferencias, no son solamente formulaciones gestuales, sino que constituyen en conjunto los elementos que determinan el equilibrio en las relaciones sociales y al propio funcionamiento institucional de la Administración cuando se muestra ante los ciudadanos.

Cabe decir que todo esto desemboca en uno de los fenómenos más acusados en nuestro tiempo: la necesidad de que las instituciones públicas eviten la improvisación aleatoria a la hora de materializar sus relaciones con los medios de comunicación y a través de ellos con los ciudadanos, como difusores de su actividad, como parte de su propia política de gestión. Todas las corporaciones y servicios precisan disponer de unos claros planteamientos estratégicos y logísticos para el desarrollo de los principales eventos de su actividad. Han de disponer, además, de una clara política de relaciones con los medios y con la sociedad en general. Para, a través de ellos, enviar con prontitud sus mensajes.

Como dice el viejo aforismo publicitario: *"No solamente es preciso saber hacer. Es necesario también saber decir lo que se hace"*.

La libertad de acceso al conocimiento público

En 1973, en una consulta de periodistas, patrocinada por la UNESCO y celebrada en París, se adoptó un protocolo o declaración sobre el acceso a las fuentes de información que establece que *"al ejercer sus funciones, un periodista debe tener pleno acceso a las fuentes de información, particularmente aquéllas que afecten a los asuntos públicos"*.

En cuanto a los límites del "derecho a saber", el informe de la FIJ-UNESCO recoge la opinión del ya citado experto en derecho de la comunicación, F.S. HAIMAN, quien enumera cuatro excepciones, a nuestro entender excesivamente ambiguas y peligrosas, como para permitir a los gobiernos utilizarlas con enorme capacidad de maniobra, en contra del derecho e intereses generales.

Estas excepciones son:

- a) La necesidad de proteger la privacidad y demás intereses legítimos de aquellos sobre los que se obtiene la información.
- b) La necesidad de asegurar procesos de deliberaciones imparciales.
- c) La necesidad de proteger los intereses económicos del público.
- d) La necesidad de preservar la seguridad física de la sociedad y sus instituciones.

Los países más sensibles a las demandas de los periodistas, donde se han formulado ya leyes que tienden a facilitar el acceso a las informaciones oficiales, como es el caso de Australia o Nueva Zelanda, justifican precisamente estas medidas en la necesidad de mejorar, con un mayor conocimiento de la opinión pública, la toma de decisiones por parte del gobierno.

Además del contenido expreso de las Declaración Universal de los Derechos Humanos³³⁶ y el Convenio Internacional Sobre los Derechos Civiles y Políticos³³⁷, (el "derecho a saber" no se recoge en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de las Personas de 1986) la libertad de acceso a las fuentes de información se incluye en el Convenio Americano sobre Derechos humanos³³⁸

³³⁶ "Todos tienen derecho a la libertad de opinión y expresión. Este derecho incluye la libertad de sostener opiniones sin interferencia y de obtener, recibir y diseminar información e ideas por cualquier medio y sin considerar las fronteras".

³³⁷ (art.19). "Todos tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho incluirá la libertad de obtener, recibir y diseminar información e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o de manera impresa, en la forma de arte o por cualquier otro medio de su elección".

³³⁸ (art. 13). El derecho de expresión no se limitará por métodos ni medios indirectos, tales como el abuso de los controles gubernamentales o privados o por cualquier otro medio que tienda a impedir la comunicación y divulgación de ideas y opiniones.

El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos³³⁹, adoptado en 1950 por el Consejo de Europa, no define expresamente el derecho a obtener información, si bien, a diferencia de la Declaración Universal, vincula las posibles restricciones a la libertad de expresión solamente con las necesidades de una sociedad democrática.

Limitaciones indiscriminadas al derecho a saber

MARTHOZ señala en este sentido que la redacción de las restricciones que la Declaración Universal admite al derecho a la libertad de expresión permite (y de hecho ha sido usado) para que determinados gobiernos nacionales impongan significativas limitaciones a los derechos descritos.³⁴⁰

A lo largo de los últimos años, "el derecho a saber" ha recibido otros apoyos y refuerzos, entre los que destaca la Declaración Sobre los Principios Fundamentales, adoptada por la UNESCO en París, el 22 de noviembre de 1978, con ocasión de la 20ª Conferencia General:

- "El acceso del público a la información debe ser garantizado por la diversidad de las fuentes y medios de información de que dispone, permitiendo así que cada individuo verifique los hechos y evalúe los eventos objetivamente. Para este fin, los periodistas deben tener libertad de informar y las facilidades más completas posibles para el acceso a la información".

Por su parte, la Organización Observadora Internacional Article 19 advierte:

"Los gobiernos invocan una amplia variedad de razones para justificar el secreto. Muchas razones carecen de justificación en el sentido de que no se

³³⁹ 1.-Todos tienen derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluirá la libertad de sostener opiniones y de recibir y divulgar informaciones e ideas sin interferencias de las autoridades públicas y sin considerar fronteras. Este artículo no impedirá que los estados exijan la autorización de empresas de radio, televisión o cine.

2.-Debido a que acarrea deberes y responsabilidades, el ejercicio de estas libertades estará sujeto a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones estipuladas por ley y necesarias en una sociedad democrática, en bien de la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, para la prevención de desórdenes o crímenes, para la protección de la salud y la moral, la protección de la reputación o los derechos de los demás, para impedir la divulgación de información recibida confidencialmente o para mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

³⁴⁰ El ejercicio de los derechos estipulados en el párrafo 2 de este artículo acarrea deberes y responsabilidades especiales. Puede, por lo tanto, estar sujeto a ciertas restricciones, pero éstas solamente deberán ser estipuladas por ley y las que sean necesarias:

- a) para el respeto de los derechos humanos y la reputación de otros.
- b) para la protección de la seguridad nacional o del orden público, o de la salud o la moral pública.

reconocen como restricciones permisibles conforme a la ley internacional y de hecho pueden tener fines ilegítimos, tales como la supresión de críticas y las ideas no ortodoxas".³⁴¹

Para esta organización, las restricciones al derecho a saber deberían ser debatidas y, en su caso, establecidas, por una instancia independiente y diferente del poder ejecutivo, bien en ámbito judicial o siendo posible una revisión judicial de las mismas.

Los gobiernos están especialmente empeñados, mediante trabas burocráticas diversas, en impedir el acceso a determinadas áreas informativas, de especial interés para el gran público. Article 19 ha detectado, en este sentido, una sospechosa unanimidad en cuanto a los obstáculos que los países desarrollados suelen interponer con relación a las informaciones de carácter medioambiental. En este caso, el paso del tiempo ha permitido descubrir como algunos gobiernos "democráticos" ocultaron a sus ciudadanos gravísimos accidentes o desastres ecológicos. Uno de los ejemplos más llamativos lo constituye el caso del Premier británico Harold MacMillan, quien ordenó ocultar el accidente de la central nuclear de Windscale (Sellafield), que liberó radioactividad 600 veces por encima del accidente de la Three Mile Island, en los Estados Unidos.³⁴²

La organización Article 19 denuncia las contramedidas con las que los gobiernos pretenden boicotear el derecho a saber y establece seis ejemplos:

- 1.-El control de los boletines oficiales de prensa y las informaciones autorizadas.
- 2.-La clasificación y reclasificación de la información, creando categorías nuevas, como la de "información potencialmente sensible"(USA).
- 3.-La obligación de los funcionarios de mantener la confidencialidad durante largo plazo o de por vida. (El mundo industrial imita a los gobiernos e impone en sus contratos cláusulas semejantes).
- 4.-La restricción de los visados para viajar en el interior de un país o a un país determinado.
- 5.-La negación del acceso a las fuentes oficiales o independientes de información.
- 6.-La limitación de información solamente a las principales agencias noticiosas

Por lo general, las autoridades públicas tienden a exagerar el impacto negativo de la libertad de información sobre la divulgación de secretos de estado.

Aunque las disposiciones legislativas favorables a la libertad de información suelen restringirse en el ámbito de la información de carácter público, conviene no perder de

³⁴¹ Ibídem, pág.5.

³⁴² Ibídem, pág.7.

vista que buena parte de la información que interesa al público se halla bajo el control privado, incluso en casos de estar financiada por el erario común.

Además, el legislador camina lenta y torpemente a la hora de establecer medidas que permitan el acceso a determinadas informaciones en manos privadas, pese a que se refiera a actividades que afectan al común de los ciudadanos en su vida ordinaria. En este sentido, un bosque de impenetrabilidad impide en no pocas ocasiones acceder a la verdadera información del entramado económico y financiero, pese a la teórica publicidad de balances y libre acceso a los registros.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, de 27 de noviembre de 1992, expone desde el primer momento los principios que la inspiran, en cuanto reconoce e incorpora el contenido, yo diría el alcance, del artículo 20 de nuestra Constitución³⁴³, advierte FERNÁNDEZ AREAL: *“La Constitución -insiste- alumbra un nuevo modelo de Administración, sometida a la ley y el Derecho como expresión de la voluntad popular. El régimen jurídico de las Administraciones públicas debe establecerse desde este concepto, trascendiendo las reglas de funcionamiento interno para integrarse en la sociedad a la que sirve. El acceso por parte de los ciudadanos a las informaciones administrativas que sean de su interés. Destaca el reconocimiento del derecho que asiste a los ciudadanos de obtener, por un lado, orientación e información sobre los condicionamientos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes imponen a los proyectos que se propongan abordar, o el importantísimo acceso a los archivos y registros administrativos”*.

El doctor FERNÁNDEZ AREAL demanda mayor eficacia en la notificación y publicación de los actos administrativos, abriendo especialmente nuevas técnicas de comunicación entre la Administración y los ciudadanos, utilizando las modernas técnicas de transmisión de información.

La Administración debe ser la primera institución en contribuir a que los ciudadanos puedan formar una opinión pública, fundamentada en hechos veraces, contrastados, ciertos y documentados, facilitando, en la parte que les corresponde, esa información de calidad que se demanda. El Tribunal Constitucional insiste jurisdiccionalmente en la protección del Derecho a la Información, derecho a saber lo que pasa, con exactitud, como paso imprescindible para opinar e intervenir en los asuntos públicos.

RODRÍGUEZ ARANA, al escribir sobre la misma necesidad de transparencia de la Administración pública, afirma que: *“La transparencia es una exigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y un atributo del funcionamiento de su Administración pública, al destacar la actitud -y aptitud- de servicio en detrimento de una práctica de un ejercicio de la autoridad. Es también el resultado de un conjunto de medidas de reforma*

³⁴³FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, Información e Administración á luz da nova Lei de Procedemento Administrativo, en Revista Galega de Administración Pública, número 10, Santiago, Escola Galega de Administración Pública, 1992, pág 11 y ss.

*administrativa que se deben integrar en un sistema y manifestarse en las diversas fases del proceso de elaboración del acto administrativo ”.*³⁴⁴

El derecho a la información administrativa, según DESANTES, debe canalizarse por tres vías: la publicación sistemática de carácter general, la comunicación individualizada que pueda interesar a los particulares, incluida la posibilidad de reproducción de los documentos interesados, con todas las garantías de conservación del documento fuente, sea o no original. En este caso, solamente deben cargarse al solicitante los gastos de reproducción. Con carácter excepcional debe procederse a la venta de documentos, de colecciones o de archivos originales o reproducidos, cuyo coste debe corresponder a los valores del mercado.³⁴⁵

Debemos considerar aquí, con carácter general, que la documentación, es uno de los posibles aspectos de la información. La documentación tiene como fin último para DESANTES dar noticia de los documentos que, a su vez, contienen noticias, ideas y opiniones. Ambos, documentación e información son fenómenos acoplados.

*"La documentación puede y debe ser objeto del mismo tratamiento que la información en general desde el punto de vista jurídico", sostiene DESANTES*³⁴⁶. Es, por lo tanto, exigible jurídicamente. La Administración tiene, por tanto, el deber de responder a ese derecho, tiene el deber de satisfacer la demanda de información, de documentación, que es un derecho de los ciudadanos, como ya vimos está minuciosamente descrito en la Constitución.

El acceso a la información pública y a la documentación constituye uno de los barómetros para medir la salud democrática y la transparencia de las naciones que se reclaman democráticas.

"El acceso a los archivos y registros administrativos, a pesar de su colocación sistemática del párrafo b del artículo 105 (de la Constitución) no puede reducirse a un simple problema o conjunto de problemas administrativos. Es necesario conectarlos con un derecho más amplio: el derecho a la documentación, que constituye una de las vías de realización del derecho a la información. Es el derecho a la documentación proclamado, aún sin llamarle, el que puede dar la verdadera dimensión constitucional a un texto aislado que es necesario conectar -en su regla

³⁴⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *A transparencia na Administración pública*, en *Revista Galega de Administración Pública*, número 10, Santiago, Escola Galega de Administración Pública, 1992, pág. 27.

³⁴⁵ DESANTES GUANTER, José María, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Pamplona, Eunsu, 1987, pág.131.

³⁴⁶ DESANTES, J.M., op., cit., pág.47.

general y en sus excepciones, unas comunes y otras comunes a todo tipo de mensajes informativos- con otros textos de la propia Constitución".³⁴⁷

Precisa DESANTES que, si bien el artículo 105 de la CE se refiere al acceso a los archivos y registros públicos, dado que constituyen una ordenación de la actividad pública, hay que entender que la norma constitucional es extensible a todos los fondos documentales públicos, sin excepción alguna. Las excepciones se refiere a los mensajes contenidos en los documentos, no a los documentos en sí mismos.

Coincidimos en que el mandato del artículo 105 de la Constitución es taxativo para el legislador, en el sentido de que debe facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la documentación pública, en lugar de esforzarse en obstaculizarlo por la vía de las excepciones. Y ello no supone que éstas no deban existir y que no operen con la misma fuerza obstativa, sean derechos personales (honor, intimidad, propia imagen), o los secretos oficiales, realmente necesarios, para la seguridad del Estado.

El acceso a la información pública en el mundo occidental

La Organización Article 19 divide en dos grandes grupos los países del mundo, en cuanto a las facilidades a las fuentes de información:

- a) Los que tienen leyes que favorecen ese acceso.
- b) Los que prefieren la fórmula del secreto discrecional (según el caso).

En cuanto a las áreas de investigación se definen dos:

- 1) La información de origen gubernamental.
- 2) La información bajo control privado, pero que afecta al interés del público

Situación por países

España

-Las actuaciones y la documentación pública lo son, en principio, por su propia naturaleza y definición constitucional.

-La Ley determina el acceso a los documentos administrativos, con carácter general y establece el principio de transparencia de las actuaciones públicas, con las restricciones que imponen la seguridad del Estado y la defensa nacional. Las deliberaciones del Consejo de Ministros son secretas. Las sesiones de las cámaras parlamentarias, corporaciones locales, cámaras mercantiles y semejantes son públicas. Como regla general, las sesiones de las entidades públicas son de libre acceso de ciudadanos y, en todo caso, de los medios informativos. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, de 27 de

³⁴⁷ DESANTES, op.,cit,pág.132.

noviembre de 1992, sintoniza con el carácter aperturista que define la Constitución, en orden a la eficacia y transparencia en la comunicación de sus propios actos.

- El artículo 105.b de la Constitución Española ordena que la ley regule el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos con las limitaciones conocidas (seguridad nacional y defensa).

- Las normas procesales establecen que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que determinan las leyes de procedimiento. El juicio oral será público, bajo pena de nulidad. Pero el presidente puede decretar su celebración a puerta cerrada, cuando lo exijan razones de moralidad, orden público o el respeto a la persona ofendida o a su familia.

- Existe una Ley de Secretos Oficiales (Ley 9/1968 de 5 de abril). El art. 11 precisa que los órganos del Estado están sometidos al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rigen su actuación, salvo los casos en que, debido a la naturaleza de la materia, ésta sea clasificada como secreto o de limitado conocimiento.

- Los periodistas en general y corresponsales acreditados pueden circular libremente por el país, sin control ni permiso alguno.

Dinamarca.

- Carece de una Ley especial sobre libertad de información.

- La Ley de Información de las Autoridades Públicas permite a los periodistas exigir documentación e información en todas las instancias públicas y registros oficiales. Se excluyen los datos de carácter personal.

- No existe una Ley de Secretos Oficiales.

- No hay restricciones por lo que se refiere al acceso de los periodistas a los procesos correspondientes a las autoridades públicas (se refiere a aquellas sesiones de órganos locales, regionales o nacionales).

- La Ley de Administración de Justicia contiene restricciones en relación a las sentencias.

- Divulgar información confidencial puede ser castigado con seis años de cárcel.

- Los debates parlamentarios son abiertos al público.

- Como principio general, los procesos judiciales están abiertos al público, aunque el juez puede decretar audiencias privadas.

- No hay restricciones sobre visas y viajes.

Estados Unidos

- La Ley de Información, aprobada en 1966 establece una política a favor de la divulgación. Cualquier ciudadano puede exigir un documento público. Las excepciones afectan a la seguridad nacional y la política exterior, las reglas y prácticas de los funcionarios federales, gran parte de los datos sobre censos, la información presentada

ante los grande jurados, las patentes, los expedientes penales individuales, los secretos comerciales, la comunicación interna entre organismos, los archivos médicos y de personal, la información utilizada para la reglamentación financiera, el anonimato de los confidentes, entre otros.

-La Ley de la Privacidad tienen todavía a ensanchar el ámbito de las limitaciones.

-En cuanto al acceso de las sesiones de los organismos públicos, cada estado dispone de sus propias leyes. No existen las leyes sobre difamación en relación al uso de la palabra en tales marcos.

-Se prohíben las reuniones privadas de los organismos legislativos y ejecutivos. Cincuenta organismos federales deben celebrar sesiones abiertas (entre ellos la Comisión de Valores y Bolsa y la Comisión de Seguridad para los Productos para el Consumidor).

-La no existencia de una Ley de Secretos Oficiales no impide la existencia del "secreto gubernamental". Las reglas de clasificación de los documentos se hacen cada vez más estrictas. El Gobierno dispone de amplias facultades para declarar asuntos secretos.

-Además de la legislación federal, los estados tienen leyes y restricciones específicas para el acceso a los registros.

-No existen restricciones para el acceso a las cámaras legislativas, pero se precisa una credencial para acceder a las tribunas de prensa del Congreso, otorgadas por una comisión de corresponsales permanentes. Las sesiones de las comisiones son, por lo general, abiertas.

-Sólo el apremiante interés de estado puede suponer que se impida el libre acceso del público a los procesos judiciales en todas sus fases (incluida la audiencia previa). No existe limitación para informar sobre los procesos judiciales.

-En cuanto a visas y viajes, los periodistas pueden viajar libremente dentro del país e incluso a países con los que Estados Unidos esté en conflicto (caso de Cuba).

Francia

-Las leyes de libre acceso a la información comprenden la Ley de 1978 sobre Informática y Libertad y la Ley de Julio de 1978 sobre acceso a los documentos administrativos, y la Ley de Julio de 1979 que obliga a las administraciones a justificar por qué deniega el acceso a una información.

-La Ley de Acceso a Documentos Administrativos es, empero, una ley restrictiva (se justifica para proteger los secretos oficiales e industriales). Las restricciones comprenden: las deliberaciones del Gobierno, excepto las notas oficiales, la defensa, la política exterior, la moneda, el crédito público, la seguridad pública, los preliminares de los procesos judiciales, les investigaciones judiciales y las investigaciones técnicas o comerciales. Además, el Gobierno se reserva el derecho de demorar la entrega de información, lo que supone que la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos carezca de facultades para exigirle que proporcione datos a un ciudadano.

-Salvo la Sección 9 del Código Penal, que protege el Derecho a la privacidad, los periodistas pueden informar libremente sobre las sesiones y actos de carácter público, sin que ninguna ley o reglamento restrinja la libertad de acceso de los periodistas a organismos locales, regionales o nacionales.

-No existen restricciones a los procesos parlamentarios. Todo diario tiene derecho a nombrar un corresponsal, pero el Parlamento puede reunirse sin la presencia de la prensa, cosa que no ha ocurrido desde la II Guerra Mundial.

-No existe restricción de acceso a los procesos judiciales, salvo cuando el tribunal se reúne en privado.

Reino Unido

-La Ley de Secretos Oficiales, que entró en vigor el 1 de marzo de 1990, permite el acceso a los documentos del Gobierno después de transcurridos 30 años. Motivos de seguridad permiten extender esa prohibición hasta un siglo. En ausencia de una Ley General de Información, las restricciones, a priori, se consideran excesivas. Esta ley establece cinco categorías de materias: a) información absolutamente protegida. b) información que el Gobierno considere perjudicial para la defensa. c) información confiada en secreto a otros estados u organizaciones internacionales. d) información concerniente a los servicios de seguridad e inteligencia y e) información concerniente a las relaciones internacionales.

-El acceso a los documentos públicos depende totalmente del arbitrio del gobierno. Los periodistas no se diferencian de otra persona cualquiera en el acceso a los registros que pueden ser consultados.

-La Ley de Gobierno Local (de acceso a la información). de 1985, facilita ligeramente el acceso a las informaciones de los entes de carácter local. Ligeros avances suponen, de todos modos: La Ley de Acceso a los Registros Sanitarios (1990), la Ley de Acceso a los Registros Médicos (1988); la Ley de Información sobre el Ambiente y Seguridad (1988) y la Ley de Acceso a los Archivos Personales (1987).

-Todos los funcionarios deben conocer, y firmar un ejemplar de la Ley de Secretos Oficiales, y son los primeros en ser sancionados, caso de filtraciones.

-Los accesos a las reuniones de órganos locales y autoridades públicas suelen ser libres, aunque las leyes permiten las sesiones a puerta cerrada.

-El acceso a las cámaras legislativas es libre, pero limitado únicamente a los periodistas acreditados. Los informadores pueden acceder, incluso, a partir de los edificios legislativos, cerrados al público en general.

-Todos los tribunales son abiertos, pero se pueden celebrar sesiones cerradas, cuando se ventilan asuntos que afectan a secretos oficiales. Asimismo, las sesiones en las que juzgan casos de menores o intervienen niños suelen ser privadas.

-No existen restricciones en torno a las políticas sobre viajes y visas.

Japón

-El término libertad de información hace apenas veinte años que se utiliza en Japón y fue importado de los Estados Unidos a propósito del escándalo de la Lockheed (un asunto de comisiones irregulares por parte de la compañía de aviación norteamericana, en la que se vieron involucrados políticos de diversos países).

-La libertad de información no es un concepto institucionalizado. Solamente existen algunas leyes al respecto de gobiernos locales. La primera instancia que instauró ese concepto fue la Prefectura de Yamagata, en marzo de 1982.

-En septiembre de 1990, la Oficina de Control y Coordinación de la Administración del Gobierno japonés publicó, luego de seis años de realización, un estudio sobre la libertad de información, pero sus conclusiones no fueron favorables a su implantación, pese a que la sociedad japonesa lo considera imprescindible en un contexto democrático.

-No existe ley de secretos oficiales, pero los funcionarios japoneses están obligados a guardar secreto conforme a la Ley del Personal del Servicio Público.

-No existe restricción alguna que impida a los periodistas cubrir las sesiones de las autoridades locales, regionales o nacionales e informar sobre los mismos. Pero los extranjeros están sometidos a restricciones impuestas por el sistema de Clubes de Prensa.

-El sistema de Clubes de Prensa nació en 1890, al iniciar sus actividades la Dieta imperial y respondía a la necesidad de acreditar a los periodistas para quienes se reclamaba autorización para informar sobre las sesiones del incipiente parlamento. Nacieron, pues, al servicio de la información como organizaciones profesionales. En plena segunda guerra mundial, los clubes fueron reorganizados rígidamente, para servir a la información oficial de cada organismo gubernamental (cada uno de ellos contaba con un club específico asignado). Tras la derrota, los clubes se reorganizaron, de suerte que cada vez es más difícil a un profesional ejercer su actividad frente al Gobierno al margen de estos organismos corporativos.

Este sistema presenta numerosas disfunciones, considerando que se trata de una forma de "periodismo de anuncios o de comunicados", que permite, al tiempo, la manipulación por parte del encargado de facilitar la información. Además, los contenidos de los periódicos se uniformizan. Es un sistema cerrado que, al tiempo, relaciona estrechamente al periodista con la interesada fuente oficial que lo nutre.

-El sistema de Clubes de Prensa ha sido duramente criticado por los corresponsales extranjeros, que demandan que el Japón se abra también a los usos normales en el universo comunicativo del mundo moderno. Pero estos corresponsales no tienen más remedio que negociar con los clubes su acceso a los mismos.

-En cuanto a las sesiones del parlamento son abiertas.

-Las deliberaciones de los concejos y comisiones deliberadamente de organismos gubernamentales son privadas.

-En los procesos judiciales, los periodistas son tratados del mismo modo que el público en general.

-No existen restricciones en cuanto a viajes y visas

El ámbito de lo local, la inmediatez al ciudadano

La Ley 57/2003 de 16 de diciembre de “*Medidas para la modernización del gobierno local*”, al advertir que era necesaria una mayor implicación de los ciudadanos en la vida pública, especialmente en el ámbito municipal, el más próximo e inmediato a sus problemas, determinó que era preciso reforzar los mecanismos para la participación contenidos en la antigua Ley de Bases del Régimen Local.

Se trata pues de reforzar las posibilidades de participación y de incidencia de los ciudadanos en el gobierno local. Para ello, es imprescindible que los representantes políticos y los funcionarios y empleados públicos faciliten el acceso de los ciudadanos a la información, de la que como contribuyentes son dueños.

La reforma obliga a las corporaciones locales a redactar reglamentos orgánicos que articulen y determinen los procedimientos adecuados para la efectiva participación. Es decir hacer plenamente efectivo el ejercicio del derecho constitucional de todo ciudadano a participar en la gestión y gobierno de su municipio.

Los municipios deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para: facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, así como la presentación de documentos, realización de trámites administrativos, encuestas y consultas.

Los vecinos podrán ejercer la iniciativa popular presentando propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos de la competencia municipal. Estas iniciativas serán sometidas a debate en el Pleno previo los informes pertinentes sobre legalidad u oportunidad.

Ediles y funcionarios debemos, pues, imbuirnos de una nueva mentalidad, en el sentido de que debemos no solamente ser eficaces en nuestra gestión cotidiana, sino que hemos de desarrollar una nueva mentalidad de comunicación con los vecinos de quienes somos servidores, utilizando los modernos recursos de la tecnología, pero sobre todo, la capacidad humana de comunicar, informar y facilitar a los vecinos el acceso a la información y la documentación de los asuntos que les afectan.

Todos precisamos, pues, un reciclaje y una reflexión colectiva, sobre la realidad de la comunicación en el espacio que nos corresponde en este mundo ahora llamado “*la aldea global*”, donde lo local, como proyección de lo más inmediato al ciudadano, adquiere un papel determinante en la vida de cualquier persona.

La Constitución manda e impone que la Administración sea eficaz y transparente y hemos de ser, sus servidores, los primeros en hacer efectivos los derechos de los ciudadanos que allí se proclaman.

Los gabinetes de prensa de las instituciones: el ámbito de lo local y su eficacia

La información municipal, la información de las cosas del Ayuntamiento tiene una larga tradición en España, tanto para bien como para mal. Quiero decir que tanto ha servido para la práctica de un periodismo ramplón, aburrido y monótono, a veces chabacano y rutinario, como para el mero *noticierismo* oficial. Pero también es cierto que existen notables ejemplos de periodistas con talento e imaginación que supieron extraer del frecuentemente árido terreno consistorial argumentos de interés para elaborar crónicas vivaces, reportajes ajenos a los tópicos acostumbrados y, en general, contenidos verdadera informativos, interesantes y periodísticos.

Realmente, informar sobre los frecuentemente tediosos plenos, seguir las peripecias de las comisiones de gobierno, enterarse de los contenidos de las comisiones informativas, cubrir las repetidas "ruedas de prensa" del alcalde o del concejal-delegado de turno son misiones, a priori, aburridas y nada atractivas para quien sueña con escribir reportajes de investigación (como si todo el verdadero periodismo no fuera precisamente, en gran medida, investigar algo), grandes crónicas de eventos relevantes o entrevistar un día sí y otro también al presidente del gobierno o a cualquier otro personaje llamativo.

Existe una notable diferencia entre el periodismo municipal que se practica en las grandes ciudades y las pequeñas capitales de provincia. Con frecuencia, en los primeros casos, especialmente en Madrid o Barcelona, los asuntos más locales pueden quedar ahogados, en la prensa de ámbito nacional, por otros acontecimientos que interesan al conjunto del país. Es verdaderamente en eso que tan ridículamente llaman "provincias" los castizos, donde se practica el mejor periodismo municipal, el seguimiento detenido de cuanto se solventa en el ámbito de las Casas Consistoriales, un universo a veces inexplorable, cuando no se ha dotado uno de los adecuados equipos e impedimentos para la descubierta.

El Ayuntamiento es una selva administrativa peligrosa, poblada de expedientes, resoluciones, silencios administrativos, y términos complejos diversos, interventores, depositarios, secretarios, funcionarios de cuerpos nacionales y de cuerpos a extinguir, personal de asesoramiento especial, concejales en situaciones diversas; comisiones para casi todo, delegados del alcalde, empresas mixtas, informes preceptivos no vinculantes, ordenanzas que nadie conoce, tenebrosos archivos, boletines, edictos, plazos que se agotan, y otros cientos de expresiones, figuras jurídicas y situaciones más.

Y con repetida frecuencia, periódicos y emisoras lanzan al vacío, proyectan sobre este "agujero negro", a periodistas o informadores sin contraste ni preparación necesaria para enfrentarse a tan abrumador adversario, salvo un bloc y un bolígrafo o, en todo caso, un inevitable magnetófono.

Lo primero que precisa conocer un periodista que va a cubrir la información municipal, antes de aventurarse a descubrir nuevos escándalos o irregularidades que le hagan famoso ante sus vecinos, es enterarse qué es un Ayuntamiento y cómo funciona. Y

para informar bien hay que conocer bien aquello de que se informa. Si un periodista tiene titubeos, si confunde los términos, si desconoce la categoría y trascendencia jurídica de cada acto administrativo, malamente será capaz de relatar, comentar y valorar aquello de lo que pretende dar cuenta. Además, tiene el deber de entender primero para hacerse entender posteriormente por el ciudadano, vulgarizando y traduciendo al idioma que entienda el público el frecuente *criptolenguaje* de la Administración.

Comunicación, responsabilidad política y atención al ciudadano

En este sentido, resulta ejemplar la propuesta del CEUMT (Centre d'Estudis Urbanistics, Municipals i Territorials) de la Generalitat de Catalunya, para la creación de una estructura informativa municipal³⁴⁸, cuando señala:

“Es función de los ayuntamientos facilitar la existencia de un sistema comunicacional de ámbito local. No se trata simplemente de suministrar información del Consistorio a los ciudadanos, sino que es necesario generar comunicación ascendente y descendente, y, por tanto, también de los ciudadanos hacia el Consistorio y de los ciudadanos entre sí. La información municipal es un derecho de los administrados, no un monopolio del poder”.

La referida institución catalana propone un modelo de estructura informativa municipal, cuyas piezas esenciales son:

- a) Concejal de información
- b) Consejo Municipal de la información
- c) Presupuesto
- d) Administración y gestión de servicios
- e) Imagen institucional

Asimismo, esa política de transparencia y participación informativa debe materializarse a través de gabinetes de información (y no de propaganda), boletines escritos, emisoras municipales, sistemas de comunicación abierta y, en definitiva, todo cuanto facilite el acceso a la información pública, sin olvidar ni desmerecer la función, humilde, pero efectiva, del tradicional “pregonero” municipal, de tan sonoras resonancias en la España de siempre.

Para el Centre de Estudis catalán, la transparencia debe ser el principio básico de la política de información municipal. El periodista que informa del Consistorio debe saber exigirla.

La propuesta aquí comentada sugiere la creación de figuras específicas, como la del “concejal de la información”, es decir, un responsable político de la información, considerada como servicio. El asunto merece un análisis delicado. Ese concejal no puede

³⁴⁸ Centre d'Estudis Urbanistics, Municipals i Territorial, *Manual de Informació Municipal*, Barcelona, CEUMT, 1983, pág 234 y ss.

convertirse nunca en un comisario o en un administrador de la información. Por lo general, esta figura suele ser asumida por el portavoz del grupo municipal respectivo y/o, en su caso, de la comisión de Gobierno. La experiencia inclina a pensar que este tipo de portavoces tiende más a facilitar únicamente aquellas noticias de interés para su grupo o partido, al margen de lo que realmente convenga a los ciudadanos.

Más convincente parecía un verdadero “Consejo municipal de la información”, que debería fijar los criterios de la comunicación municipal. Fijado ese criterio, debería ser desarrollado por funcionarios profesionales; es decir, especialistas en comunicación institucional. Tampoco en este sentido la experiencia resulta halague a. los alcaldes son muy celosos de sus prerrogativas y no aceptan fácilmente que nadie les imponga nada. Sus jefes de gabinete administran celosamente las informaciones de su entorno y juegan con ellas, según el caso, en función de su interés político inmediato.

En el estricto ámbito del planteamiento ideal, la existencia de un consejo, independiente del alcalde, que fijara la política de información del Ayuntamiento, sería un modelo ideal, siempre y cuando esa independencia estuviera garantizada por la existencia de un presupuesto propio, unos medios técnicos adecuados y un personal técnico cualificado y especializado, con una idea clara de su misión.

El Ayuntamiento debe disponer de un gabinete de comunicación formado por profesionales que informen regularmente, sin cortapisas ni consignas serviles, de las cosas de la ciudad, facilitando la labor a los periodistas especializados en información local. Por su parte, estos gabinetes deben elaborar boletines de noticias, informes y todo tipo de documentación regular, tanto estadística como de gestión del funcionamiento del consistorio.

En cuanto a la función de las emisoras municipales existe amplia controversia. Para muchos, sencillamente, no deben existir, por entender que la oferta radiofónica está suficientemente servida con las radios públicas diversas y la radio comercial. Otros entienden que tiene su razón de ser en los municipios pequeños, especialmente de ámbito rural, donde suplen con eficacia la inexistencia de otros medios de comunicación de ámbito reducido. Hay quienes estiman que, antes o después terminan convertidas en altavoces del alcalde de turno. Todo esto es cierto. Y, como siempre, habría que examinar cada caso. Por lo general, el balance de las emisoras municipales en ámbitos concretos, como el mundo rural gallego, es positivo. Constituyen una oferta radiofónica ágil y diferenciada, con contenidos imaginativos y gran cantidad de servicios a los ciudadanos. Además, son un inagotable vivero de profesionales, capaces de ser proyectados hacia otros escalones superiores en el mundo de la comunicación.

Una emisora local tiene la ventaja de que puede montarse con muy poco costo en una dependencia del municipio. Más problemática ha sido la experiencia de las televisiones locales, donde la gama de casos y situaciones rebasa ampliamente toda la casuística de las radios municipales, por lo que la naturaleza del asunto merece un epígrafe aparte.

“Para hacer viable la comunicación en el ámbito local -señala el CEUMT- hay que huir de las fórmulas de lenta burocracia municipal. Hay que terminar con el oscurantismo

de la Administración: todos los papeles han de ser públicos, cualquier ciudadano ha de poder verlo todo, no ha de existir ningún secreto en el ámbito local. Ha de facilitarse la fotocopia de cualquier documento que o expediente que se solicite”.³⁴⁹

Señala el Centro de referencia catalán que todo lo que hace el Ayuntamiento se debe transmitir a los ciudadanos, pero que los diversos departamentos no deben seguir pautas diversas, sino que se precisa una coordinación, un estilo, una imagen institucional. En este sentido, el remedio ha sido peor que la enfermedad en no pocos casos. Ocurrió, a modo de negativo ejemplo en un Ayuntamiento gallego, en el que sustituyeron la heráldica oficial de la ciudad, de abolengo y enorme noble, por un logotipo corporativo, confundiendo ambas cosas. Pasó algún tiempo hasta que cayeron en la cuenta del enorme ridículo que suponía tal situación.

Se trata de dos planos que deben ser cuidadosamente separados: una cosa es la heráldica y las tradiciones municipales (pendón de la ciudad, maceros y reposteros, símbolos y escudos) y otra cosa distinta la marca funcional que identifique a los servicios o dependencias municipales. Y cada cosa debe tener su lugar y su sitio.

Referencias bibliográficas.

DESANTES GUANTER, José María, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Pamplona, Eunsa, 1987.

FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, *Información e Administración á luz da nova Lei de Procedemento Administrativo*, en *Revista Galega de Administración Pública*, número 10, Santiago, Escola Galega de Administración Pública, 1992.

HAIMAN, Franklin S., cita recogida por Jean-Paul Marthoz en *"El Derecho a saber"*, encuesta internacional sobre los derechos y restricciones de los periodistas, realizada por la Federación Internacional de Periodistas y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, publicada en *Información FIJ*, número XXX, 1992, pág.1.

MARTHOZ J.P., *"El Derecho a saber"*, encuesta internacional sobre los derechos y restricciones de los periodistas, realizada por la Federación Internacional de Periodistas y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, publicada en *Información FIJ*, número XXX, 1992

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *A transparencia na Administración pública*, en *Revista Galega de Administración Pública*, número 10, Santiago, Escola Galega de Administración Pública, 1992.

VV.AA: Centre d'Estudis Urbanístics, Municipals i Territorial, *Manual de Informació Municipal*, Barcelona, CEUMT, 1983

³⁴⁹ Ibídem.

El acceso de información de los ciudadanos a través de la página web del Congreso de los Diputados

*Dra. M^a Isabel Martín de Llano
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia- España*

Introducción.

Un aspecto fundamental en todo sistema democrático es el acercamiento del Parlamento a los ciudadanos, no sólo desde una perspectiva institucional sino, algo mucho más importante, desde una perspectiva funcional. Es básico que los ciudadanos puedan conocer en todo momento cuál es la actividad llevada a cabo por los miembros de las Cámaras Legislativas, qué personas integran los distintos órganos de la Cámara, cuál es el sentido de su voto en las diferentes cuestiones sobre las que la Cámara debe pronunciarse, ya sean leyes comisiones de investigación, etc.

El acceso a este tipo de información, que siempre ha sido una información pública pero en realidad poco accesible para el ciudadano de a pie, se ha visto potenciado enormemente por el desarrollo de plataformas informáticas por parte de las Cámaras Legislativas. A través de las páginas Web del Congreso y del Senado el ciudadano tiene un acceso rápido, sencillo y directo a, prácticamente, cualquier tipo de información que sea de su interés en relación a cualquier actuación llevada a cabo por las Cámaras. Además sirve de línea directa de contacto entre los parlamentarios individualmente considerados y los ciudadanos, dado que éstos pueden enviar correos electrónicos a cada uno de los Diputados a título personal.

En este trabajo realizamos un análisis de la información que los ciudadanos pueden obtener a través de la página web del Congreso de los Diputados³⁵⁰, acerca de su composición, actividades desarrolladas, etc.

Hemos de señalar que la página de inicio del Congreso de los Diputados viene a ser una síntesis de todo lo que engloba en su interior, mostrando principalmente información sobre las actuaciones más recientes llevadas a cabo por la Cámara. A primera vista aparece todo un poco mezclado: junto a un enlace de saludo de bienvenida del Presidente, aparece otro sobre los últimos proyectos de ley presentados, o sobre noticias de

³⁵⁰ www.congreso.es

actualidad; ello puede llevar a confusión, en un primer momento, al ciudadano que accede a dicha página web y no tiene mucha costumbre de navegar en ella³⁵¹.

Es preferible, por ello, desde una perspectiva práctica a la hora de obtener información concreta, acudir a los diferentes enlaces que figuran en la cabecera de dicha página de inicio, pues a través de estos enlaces podemos delimitar en gran medida la búsqueda de información, bien sea por materias, órganos, publicaciones, etc. En este sentido nosotros vamos a desglosar la información que contiene cada uno de estos enlaces con el fin de que el ciudadano pueda saber qué tipo de información puede obtener sobre el Congreso de los Diputados en su conjunto, y lo haga de una forma sencilla y rápida.

Actualidad	Iniciativas
Diputados	Intervenciones
Grupos	Publicaciones
Órganos	Internacional
Información	Servicios
Enlaces	documentales

La página Web del Congreso de los Diputados.

Como decimos, la página de inicio del Congreso de los Diputados muestra en la cabecera distintos enlaces que nos llevan a los apartados en los que se divide el contenido de la página Web. Dichos enlaces aparecen tal y como los hemos mostrado más arriba, por lo que el desglose de cada uno de ellos que realizamos a continuación lo hacemos siguiendo el mismo orden que aparece allí.

Actualidad.

En este apartado se tiene acceso a la información sobre la actividad semanal de los distintos órganos de la Cámara, pudiendo conocer las personas que van a comparecer ante las Comisiones y sobre qué van a informar, los asuntos a tratar en el Pleno, las preguntas formuladas al Gobierno para que sean contestadas en el Pleno, etc. Se divide en los siguientes enlaces:

- * *Agenda.* Referente a la semana en curso, muestra las actividades programadas cada día, indicando la hora, el lugar de celebración, así como el asunto a tratar por el órgano correspondiente.

³⁵¹ Este formato que presenta la página Web fue introducido en el primer semestre de 2007, cuando se modificó la página Web en su conjunto.

* *Convocatorias y órdenes del día.* Informa sobre el orden del día del próximo Pleno, de la Diputación Permanente y de las Comisiones. Se incluyen, además, las preguntas que se formularán al Gobierno en el Pleno que se celebrará la semana en curso.

* *Notas de prensa.* Este enlace permite conocer las diferentes notas de prensa que han sido emitidas por la Cámara a lo largo del año sobre cuestiones de actualidad de la misma.

* *Canal parlamento*³⁵². Incluye la programación del Canal de Televisión del Congreso de los Diputados, que retransmite, bien en directo o en diferido, las sesiones del Pleno o de las Comisiones.

* *Fotonoticias.* En este enlace se muestran diferentes fotografías de los distintos actos celebrados en la Cámara. La búsqueda se puede realizar seleccionando el año o el tema concreto.

* *Calendario de sesiones plenarias.* Muestra el calendario de sesiones del Pleno aprobado por la Mesa para el Periodo de Sesiones en curso.

* *Congreso en directo.* Dividido por cada día de la semana en curso, muestra el orden del día de las Comisiones y del Pleno, permitiendo el enlace con las emisiones en directo o en diferido de las sesiones ya celebradas o que se estuvieran celebrando en ese momento.

* *Sesión de la Comisión de Control de RTVE.* Muestra el calendario de sesiones de la Comisión Mixta de Control Parlamentario de la Corporación RTVE y sus sociedades, aprobado para el periodo de sesiones en curso.

* *Novedades.* Este enlace incluye información diversa sobre concursos, oposiciones..., convocados por el Congreso de los Diputados en los últimos meses.

Diputados.

Este apartado permite el acceso a la información sobre los Diputados que han formado parte del Congreso de los Diputados a lo largo de las distintas Legislaturas. El apartado se divide en varios enlaces que permiten conocer el partido al que pertenecen, el Grupo Parlamentario al que están adscritos, la circunscripción que representan, el escaño concreto que ocupan en el Hemiciclo, etc. Además, pinchando sobre el nombre de un Diputado concreto, se nos da toda la información sobre la actividad del mismo dentro de la Cámara: Preguntas formuladas, Comisiones a las que pertenece, intervenciones que ha tenido en cualquier órgano, etc. Ello nos puede dar una idea del grado de asistencia a la

³⁵² Para más información sobre este Canal, ver epígrafe III de este trabajo.

Cámara que tiene un Diputado, así como el tipo de trabajo por él desarrollado dentro de ella.

Las opciones de búsqueda de un Diputado son varias: Por la inicial de su apellido, por el apellido completo o por la Legislatura concreta.

Merece destacar en este apartado tres enlaces concretos:

* *Régimen Económico y Protección Social*. Hace referencia al régimen jurídico aplicable a las retribuciones y ayudas económicas de los Diputados, así como, especifica los complementos mensuales a percibir por cada uno de ellos en función de los cargos que ostenten en la Cámara, dietas, transporte,... También figura en este enlace las cantidades correspondientes a cada Grupo Parlamentario en razón del número de miembros que lo constituyan.

Desde el punto de vista de *la protección social* se incluye el Reglamento de pensiones parlamentarias y otras prestaciones económicas a favor de los ex-parlamentarios, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado el día 11 de julio de 2006³⁵³.

* *Páginas personales de Diputados*. Destacamos este enlace por la importancia que puede tener de cara a facilitar la comunicación entre los ciudadanos y los Diputados, ya que enlaza con el blog de cada Diputado, lo que permite mantener una relación más directa entre el Diputado y los ciudadanos que deseen contactar con él. Así como que el ciudadano conozca opiniones personales del Diputado sobre temas concretos que aparezcan en su blog.

* *Archivo Histórico de Diputados (1810-1977)*. Incluye una relación de los Diputados que formaron parte del Congreso de los Diputados desde 1810 hasta la Legislatura Constituyente de 1977.

Grupos.

En este apartado encontramos una introducción sobre la actuación de los Grupos Parlamentarios en general. Contiene dos enlaces:

* *Composición en la Legislatura*. Permite conocer qué Grupos Parlamentarios se han constituido en la Legislatura en curso, así como los miembros que forman parte de cada uno de ellos. Además permite enlazar con las Legislaturas anteriores para obtener información en el mismo sentido.

* *Páginas de Grupos Parlamentarios*. Que enlaza con las páginas de los distintos Grupos Parlamentarios constituidos en la Legislatura en curso. En la actualidad sólo existe una única página creada por un Grupo Parlamentario, en concreto, la del Grupo Parlamentario Popular.

³⁵³ BOCG Sección Cortes Generales, Serie A, nº 278 y 307.

Órganos.

Este apartado permite conocer la composición de los distintos órganos de la Cámara en cada una de las Legislaturas: la Mesa, la Junta de Portavoces, la Diputación Permanente, las Comisiones, Subcomisiones y Ponencias. Incluye la relación de los Diputados que forman parte de cada órgano, y permite un enlace directo con cada uno de ellos.

Además aparece un último enlace denominado *Secretaría General* referente a los distintos servicios administrativos y técnicos de la Cámara desempeñados por funcionarios. Bajo la autoridad de la Mesa y del Presidente, corresponde a la Secretaría General ofrecer a los órganos parlamentarios y a los Diputados apoyo para el desarrollo de sus funciones: asesoramiento jurídico y técnico, organización de los medios materiales y humanos precisos, etc.

Incluye un enlace para conocer el organigrama de dichos servicios, así como otros referentes a sus normas reguladoras, como el Estatuto del Personal de las Cortes Generales³⁵⁴.

Información.

En este apartado encontramos diversos enlaces que informan de forma general sobre distintos aspectos relacionados con la Cámara. Así tras un saludo de bienvenida del Presidente de la Cámara, aparece un enlace denominado *Funciones* en el que se hace una breve referencia a la Composición del Congreso de los Diputados, la duración de la Legislatura, los derechos y deberes de los Diputados, la función legislativa y la función de control ejercidas por la Cámara. Dicho enlace también incluye los datos referidos a la *Estadística parlamentaria* que permite conocer cuál es el porcentaje de leyes aprobadas, proposiciones presentadas, preguntas formuladas, etc, en las distintas Legislaturas; así como el número de reuniones celebradas por los distintos órganos de la Cámara en cada Legislatura.

Este apartado incluye también información acerca del plano de situación del Congreso de los Diputados, las normas de acceso al mismo (ya sea como público en la tribuna de Plenos, o como investigador de sus fondos bibliográficos), becas, oposiciones o seminarios; así como un enlace a la Tienda del Congreso (con indicación de los productos a la venta), y a una visita virtual de las distintas salas del edificio mediante la visualización de fotografías panorámicas en 360º y presentaciones animadas del “guía”.

Finalmente, en este apartado cabe destacar, desde una perspectiva jurídica, el enlace denominado *Normas* en el que encontramos³⁵⁵:

³⁵⁴ BOCG, Sección Cortes Generales, Serie B, nº 73 (31 de marzo de 2006).

³⁵⁵ Hemos de decir que sería deseable que estas *Normas* tuvieran un enlace independiente o al menos más directo que el actual, pues aunque la Constitución sí tiene un link en la página de

* *La Constitución Española de 1978*, que permite enlazar con el Texto de la Constitución, incluyendo una signosis de cada artículo con referencias a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; así como con los distintos Estatutos de Autonomía.

También contiene otros enlaces a Constituciones Históricas españolas, a otras Constituciones internacionales, a órganos constitucionales (Corona, Poder Judicial, etc) así como a resultados electorales en elecciones generales o autonómicas.

* *El Reglamento de la Cámara*, con un enlace directo al texto del mismo.

* *Normas de desarrollo del Reglamento*, que enlaza con las Resoluciones del Presidente, u otras Normas o Acuerdos aprobados por la Mesa.

Enlaces.

Este apartado contiene tres enlaces:

* *España*. Permite acceder al portal del Senado, Presidencia del Gobierno, Instituciones del Estado (Casa Real, Consejo de Estado, Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, entre otras), de los Ministerios, así como de las Asambleas y Parlamentos Autonómicos.

* *Parlamentos y Asambleas Parlamentarias Internacionales*. Con acceso al portal de los Parlamentos de los cinco continentes.

* *Asambleas interparlamentarias*. Permite enlazar con distintos órganos internacionales (Consejo de Europa, OTAN, Parlamento Andino, etc).

Iniciativas.

Este apartado es uno de los más interesantes para el ciudadano que desee conocer cuáles son las leyes que han sido aprobadas por las Cortes Generales o están en tramitación parlamentaria, ya que contiene distintos enlaces que permiten realizar la búsqueda de las distintas normas, así como acceder al texto integro de las mismas, su publicación en los Boletines Oficiales de las Cámaras y en el BOE. Además incluye un enlace que permite conocer otro tipo de actuaciones de carácter no legislativo llevadas a cabo en la Cámara.

Existe un primer enlace denominado *Buscador de iniciativas* que permite elegir varias opciones a la hora de realizar la búsqueda de una norma, como introducir un “texto

inicio, no ocurre lo mismo con el Reglamento de la Cámara y sus Normas de desarrollo, a pesar de que son las normas que rigen todo el funcionamiento interno de la Cámara.

libre”, un “título”, un “autor”, o el “tipo de iniciativa”. Acudir a este tipo de búsqueda es recomendable si no se conoce el tipo de norma que nos interesa, pues introduciendo cualquiera de los términos señalados nos aparecerán todas las normas, aprobadas o en tramitación, relacionadas con nuestra búsqueda. Ahora bien, si conocemos el tipo normativo que buscamos es mucho más recomendable, por ser más rápido y sencillo, realizar la búsqueda a través de los siguientes enlaces que aparecen.

* *Leyes aprobadas*. En este enlace la búsqueda se realizará por año y por tipo normativo (Ley, Ley Orgánica, Decreto Ley,...).

* *Proyectos de Ley*. En la Legislatura en curso podemos optar por buscar sólo los Proyectos de Ley que están siendo tramitados, los que ya han sido tramitados del todo, o que se nos muestren a la vez tanto unos como otros. Mientras que si realizamos la búsqueda en Legislaturas anteriores se nos mostrarán todos los Proyectos Ley.

* *Proposiciones de Ley*. Igual que en el enlace anterior podemos buscar las proposiciones de ley que hayan sido presentadas ante las Cámaras en la Legislatura actual, así como realizar la búsqueda por proposiciones que estén siendo tramitadas, aquellas cuya tramitación ha finalizado, o que se nos muestren todas al mismo tiempo. En el caso de que nos interesen Legislaturas anteriores se nos mostrarán todas las Proposiciones presentadas.

Respecto a estos tres enlaces mencionados, hemos de destacar que una vez seleccionada la norma que nos interese, se nos da una información completa de todo lo realizado por las Cámaras en relación con ella. Así, podemos conocer qué Grupo Parlamentario ha presentado una propuesta de Ley concreta, si se ha admitido o no a trámite, el plazo para presentar enmiendas, el informe de la Ponencia, etc, hasta enlazar con su publicación en el BOE si es que la norma es aprobada de forma definitiva por las Cortes Generales.

* *Propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía*. En este enlace se muestran las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía presentadas en la Cámara, pudiendo conocer el estado en que se encuentra cada una de ellas, esto es, si la propuesta de reforma ha sido rechazada, si se está tramitando, o si ha sido aprobada de forma definitiva por ambas Cámaras. Así como tener un acceso directo al texto, tanto de la propuesta presentada como de la norma definitivamente aprobada.

* *Índice de iniciativas*. Este enlace resulta muy práctico desde el punto de vista de la obtención de información por parte de los ciudadanos, ya que no sólo permite acceder a las distintas normas o proposiciones de ley, si no que permite conocer todas las actuaciones llevadas a cabo ante la Cámara sean del tipo que sean.

Aparece dividido en diversos apartados por razón del tipo de actuación o iniciativa que busquemos. Así, una vez señalada la Legislatura que nos interese, se puede orientar la búsqueda en base a distintos criterios, como: las funciones de la Cámara (Legislativa, de control, de orientación política), Comisiones no permanentes (de investigación, subcomisiones, ponencias), Referendum consultivo, Relaciones con órganos e instituciones públicas (conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional, recursos de inconstitucionalidad, propuestas de nombramientos para el Consejo General del Poder Judicial, etc.), competencias en relación con la Corona, entre otros apartados.

En cada uno de estos apartados aparecen todas las actuaciones relacionadas con él, permitiendo un acceso directo a cada una de ellas. Así, por ejemplo, en el apartado relativo a la función de control podemos conocer cuántas preguntas orales se han formulado al Gobierno en el Pleno, y tener un acceso directo al texto de cada pregunta, así como a la respuesta dada. También en este apartado se pueden conocer las comparecencias del Gobierno o de autoridades o funcionarios que se hayan producido en el Pleno o en las Comisiones.

II.8. Intervenciones.

Este apartado nos permite realizar tres tipos de búsqueda de información: * o bien buscar todas las intervenciones de los Diputados que se hayan producido en los distintos órganos de la Cámara en relación a un tema específico; * o bien buscar todas las intervenciones que haya realizado un Diputado concreto; * o las intervenciones que hayan realizado personas integrantes de otros órganos o instituciones públicas.

Así, una vez, señalada la Legislatura que nos interese, encontramos varias opciones a la hora de realizar la búsqueda, como introducir: un “texto libre”, un “orador”, un “cargo”, el “tipo de iniciativa”, o un “autor”, así como delimitarlo por fechas. Una vez seleccionado un resultado concreto tendremos acceso a toda la información parlamentaria con él relacionada.

Publicaciones.

Este apartado se divide en varios enlaces que nos permiten acceder a las distintas publicaciones oficiales del Congreso de los Diputados, del Senado, o de Cortes Generales³⁵⁶.

* *Búsqueda de publicaciones.* Este enlace nos permite realizar la búsqueda una publicación oficial, bien introduciendo un “texto libre”, un determinado “tipo de publicación” (Boletines Oficiales o Diario de Sesiones) o de “sección” (Congreso, Senado, Cortes Generales), u “órgano” (Pleno, Comisiones,

³⁵⁶ Respecto a los distintos tipos de publicaciones oficiales, las Series y Secciones, ver el epígrafe II.11 de este trabajo.

Diputación Permanente), así como delimitar la búsqueda por números o fechas de publicación.

* *Publicaciones oficiales de los últimos días*. En este enlace se relacionan las publicaciones oficiales del Congreso de los Diputados publicadas en los últimos días, ya sea el Boletín Oficial de Cortes Generales del Congreso de los Diputados (con sus distintas Series), o el Diario de Sesiones.

* *Diarios de sesiones*. En este caso la búsqueda se realizará en función del órgano que nos interese, esto es, el Pleno, la Diputación Permanente, Comisiones, Comisiones de investigación, Comisiones mixtas, o si se trata de sesiones conjuntas Congreso/Senado. Una vez señalada la Legislatura correspondiente la búsqueda se realizará por años y meses, y seleccionado un resultado concreto obtendremos el texto íntegro del mismo.

* *Índice de publicaciones*. Este enlace nos permite realizar la búsqueda de publicaciones oficiales en función de la Cámara de que se trate, es decir, Congreso de los Diputados, Senado, así como Cortes Generales. En los tres casos se dividen por Boletines oficiales (y cada una de sus Series) y Diarios de Sesiones (por cada órgano).

Señalar que en este apartado de *Publicaciones* aparece un enlace específico a las publicaciones oficiales relacionadas con la Comisión de Investigación sobre el 11 de marzo de 2004.

Finalmente, destacar, que en cualquiera de estos enlace mencionados, una vez seleccionada la Publicación Oficial que nos interese se nos mostrará el texto completo de la publicación oficial, pudiendo seleccionar una parte concreta, guardarla en archivo o imprimirla, lo que resulta muy práctico de cara al usuario.

Internacional.

En este apartado se nos muestran distintos enlaces relacionados con actividades desarrolladas por el Congreso de los Diputados con otros Parlamentos internacionales:

* *Asambleas Parlamentarias Internacionales*.

* *Grupos de amistad*³⁵⁷.

* *VI Conferencia Interparlamentaria Europea del Espacio (EISC)*.

³⁵⁷ Según aparece en la página Web del Congreso de los Diputados “los Grupos de Amistad son foros parlamentarios dirigidos a impulsar las relaciones internacionales entre España y los países con los que tiene vínculos de especial relevancia, siendo uno de los pilares de lo que se ha denominado “diplomacia parlamentaria”. Fruto de este espíritu, además de los ya existentes, se han constituido nuevos Grupos de Amistad del Congreso de los Diputados con la Cámara de los Diputados de Italia, el Bundestag alemán, el Parlamento de Grecia y la Cámara de los Comunes británica”.

- * 5ª Conferencia de Presidentes de Parlamentos Euromediterráneos.
- * Conferencia de Presidentes de Parlamentos de la Unión Europea.
- * Conferencia de Presidentes de Parlamentos Democráticos Iberoamericanos.
- * Presidencia española de la UE (enero-junio 2002).

Servicios documentales.

Departamentos de los Servicios Documentales.

Los servicios documentales del Congreso de los Diputados son fundamentales para facilitar el acceso de los ciudadanos a la información sobre las actuaciones llevadas a cabo por el Congreso de los Diputados, así como para garantizar una investigación adecuada a los investigadores, dado que a través de estos servicios el ciudadano puede acceder a los fondos y publicaciones de la Cámara bien sea a través de internet, bien sea personándose en la propia Cámara³⁵⁸.

Ahora bien, dentro de lo que se conoce como “Servicios Documentales”, hay que distinguir tres Departamentos diferentes, cada uno de los cuales tiene funciones propias: el Departamento de Documentación, el Archivo, y la Biblioteca.

A) El Departamento de Documentación³⁵⁹.

Este Departamento fue creado en 1984 cuando la Mesa de la Cámara, al reorganizar la Secretaría General, aprobó las normas sobre los servicios documentales del Congreso de los Diputados³⁶⁰. Con ello el Congreso buscaba mejorar y ampliar los medios de información y documentación con la que contaban los órganos de la Cámara, los Diputados y el personal al servicio de la misma. De forma que la función principal de este Departamento es la de servir de apoyo a todos ellos al prestar asistencia documental directa a cualquiera de ellos que lo solicite.

³⁵⁸ Para poder acceder como investigador en el Congreso de los Diputados se requiere, además de rellenar el formulario correspondiente, una Carta de presentación personal de un parlamentario, un profesor universitario, o de una persona relacionada con el campo político, académico, cultural o profesional, dirigida al Jefe de la Biblioteca o al Jefe del Archivo del Congreso de los Diputados, que avale al solicitante y que justifique la necesidad de consultar los fondos específicos de la Biblioteca o del Archivo del Congreso. De este requisito quedan exentos los interesados que justifiquen que por sí mismos reúnen aquellos títulos o méritos. El carnet de investigador deberá ser renovado al comienzo de cada Legislatura.

³⁵⁹ La información relativa a este Departamento ha sido obtenida de la página Web del Congreso de los Diputados.

³⁶⁰ BOCG, Congreso, Serie E, nº 85 y 91, de 17 de diciembre de 1984 y 24 de enero de 1985, respectivamente.

La petición de información sobre una materia concreta por parte de los usuarios no sólo puede versar sobre aspectos legislativos o jurisprudenciales, sino que se pueden solicitar informes, estadísticas, encuestas, dictámenes, etc, relacionados con un tema específico.

El Departamento cuenta con más de 2.500 títulos de revistas, si bien, en la actualidad se reciben aproximadamente la mitad, dado que el resto corresponde a títulos que dejaron de recibirse o publicarse.

Como vemos el acceso a este Departamento se restringe al ámbito parlamentario, si bien, de forma indirecta puede recibir solicitudes de información de otras personas a través del Archivo o la Biblioteca.

B) El Archivo³⁶¹.

El acceso a los fondos documentales con que cuenta el archivo del Congreso de los Diputados está permitido tanto a los parlamentarios, funcionarios de las Cortes Generales, como a las personas en posesión de la tarjeta de investigador del Congreso.

En el Archivo se conservan los documentos producidos o recibidos por la Cámara con el fin de conservarlos y ordenarlos científicamente para facilitar su manejo por los usuarios.

El fondo cuenta con documentos desde 1808 hasta la actualidad, además de la Sección del Archivo de Cerdeña, la Serie de las Cortes de Castilla y un archivo de sonido e imagen.

C) La Biblioteca³⁶².

La Biblioteca del Congreso de los Diputados tiene su antecedente en la antigua Biblioteca de Cortes, establecida en 1811 por las Cortes de Cádiz. El desarrollo de la Biblioteca actual se produce a partir de 1977 con la creación, un año más tarde, del Cuerpo de Archiveros Bibliotecarios de las Cortes Generales.

El fondo bibliográfico está constituido por más de 130.000 monografías organizadas en dos fondos:

- *Fondo Histórico*, que cuenta con dos códices del siglo XV, ocho incunables, libros y manuscritos de los siglos XVI y XVII, así como una colección de folletos del siglo XIX.
- *Fondo Moderno*, en el que pueden encontrarse obras especializadas en Derecho, Política, Historia, Temas Parlamentarios y Políticos.

³⁶¹ La información relativa al Archivo ha sido obtenida de la página Web del Congreso de los Diputados.

³⁶² La información relativa a la Biblioteca ha sido obtenida de la página Web del Congreso de los Diputados.

El acceso a la Biblioteca está permitido a los parlamentarios, órganos, personal al servicio de las Cortes Generales, personal investigador y personas de los medios de comunicación acreditados en la Cámara.

Publicaciones del Congreso de los Diputados.

Dentro de los servicios documentales en su conjunto, hay que diferenciar entre Publicaciones oficiales y Publicaciones no oficiales del Congreso de los Diputados.

A) Publicaciones oficiales:

- 1) BOCG
- 2) Diario de Sesiones
- 3) Índices
- 4) CD-Rom / DVD

La búsqueda de estas publicaciones oficiales a través de la página web puede hacerse o bien, introduciendo “un texto libre”, o bien, introduciendo datos concretos como la Serie/órgano, número, o fechas determinadas³⁶³.

1) El *BOCG* consta de dos Secciones:

a) La *Sección del Congreso de los Diputados* se divide en cuatro Series³⁶⁴:

- * Serie A: Proyectos de Ley.
- * Serie B: Propositiones de Ley
- * Serie C: Tratados y convenios internacionales
- * Serie D: General

b) La *Sección de las Cortes Generales*, que se divide en dos Series:

- * Serie A: Actividades parlamentarias
- * Serie B: Régimen interior

2) Diario de Sesiones. En él se reproduce íntegramente todas las intervenciones y acuerdos adoptados en las sesiones del Pleno, la Diputación Permanente, las Comisiones del Congreso y las sesiones de Cortes Generales que no tengan el carácter de secreto.

³⁶³ El Congreso de los Diputados ha digitalizado todas las publicaciones oficiales desde la Legislatura Constituyente.

³⁶⁴ En cada una de estas Series se recogen todas las actuaciones llevadas a cabo por los distintos órganos de la Cámara en relación con la materia de que se trate.

- 3) Índices y CD-Rom/DVD. Se trata de las publicaciones anteriores (BOCG, Diario de Sesiones) recopiladas en formato libro o formato digital y puestas a la venta.

B) Publicaciones no oficiales.

Las denominadas “Publicaciones no oficiales del Congreso” son textos editados por el Congreso de los Diputados y puestos a la venta. Se clasifican en *Unitarias* (con ocho Series, en función de la materia), *Periódicas* (Revista de Cortes Generales, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Revista Parlamentaria Iberoamericana, y Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas), y *Otras* (publicaciones varias).

Canal Parlamento.

Aunque anteriormente hemos hecho una breve referencia al Canal de televisión del Congreso de los Diputados, introducimos este epígrafe específico del mismo dada la importancia que dicho canal reviste de cara a que el ciudadano pueda tener acceso directo a la intervención real que en persona tiene un parlamentario en el Pleno o en la Comisión correspondiente.

Tal y como figura en la página web que venimos comentando el “Canal Parlamento es un canal de televisión que el Congreso de los Diputados ha puesto en marcha para dar a conocer la actividad parlamentaria. La programación se basa en las retransmisiones, en directo y en diferido, de las Sesiones del Pleno y de las Comisiones.

El Canal Parlamento español nace, al igual que los canales parlamentarios del resto de Europa y América, como un instrumento que las democracias ponen al servicio de los ciudadanos, para que éstos puedan conocer, de primera mano el trabajo que realizan las personas en las que han depositado su confianza y les representan. En definitiva, se trata de acercar el Parlamento al ciudadano y hacer la relación entre ambos más estrecha y fluida. Para que el Canal pueda cumplir este objetivo es fundamental que cuente con una amplia red de distribución, de manera que la señal del Canal Parlamento pueda llegar al mayor número de personas posible. Junto con la distribución de la señal, se hace necesario dotar al usuario de la mayor información y accesibilidad posible al contenido del Canal. Para ello la página Web del Congreso es un instrumento fundamental de apoyo, a través del que se puede conocer en todo momento la programación del Canal e incluso, en un futuro próximo, seguir en directo las sesiones que se celebren en la Cámara.

A) Emisiones y programación.

El Canal Parlamento se emitió por primera vez el 5 de abril de 2000, coincidiendo con la sesión constitutiva de la VII Legislatura, a través de AUNACABLE. Se emite también en abierto y con señal digital por el satélite HISPASAT (frecuencia 12149,44 Mhz polaridad vertical) y por el Dial 306 (antena orientada a Hispasat) de la plataforma Digital Plus.

El horario de emisión es de 9.00 h. a 24.00 h., de lunes a viernes y los fines de semana de

10 de la mañana a 10 de la noche. Los miércoles se repite la sesión de control al gobierno a las 20.30 en diferido, una vez terminada su emisión en directo.

B) Equipo.

En 1993, se instalaron cámaras de televisión de control remoto en el Hemiciclo, para grabar y difundir las Sesiones Plenarias, y más tarde, en 1998, se hizo lo mismo en las salas de Comisión. En una dependencia del Congreso se centralizaron los controles de cada Sala y en esta misma zona, en 1996, se instaló el control de continuidad del Canal Parlamento.

El Congreso, desde entonces, tiene la exclusividad de la captación de las imágenes del Pleno y de las Comisiones y las distribuye de manera gratuita, con calidad profesional, a las cabinas que tienen las emisoras de televisión en la zona de prensa, además de emitirse por el circuito cerrado de televisión a todos los edificios parlamentarios. Todas las imágenes institucionales se transportan hasta el Centro Nodal de Retevisión en Torrespaña para su distribución a las cadenas de televisión, nacionales o extranjeras, interesadas en recibir información del Congreso de los Diputados, así como a las instituciones de la Administración del Estado, partidos políticos, medios de comunicación, entidades y organismos que lo soliciten”.

Conclusiones.

Con todo ello podemos afirmar que la página Web del Congreso de los Diputados ofrece a los ciudadanos un alto grado de información sobre cualquier tipo de actividad desarrollada en la Cámara.

No sólo se nos da una información genérica de carácter institucional sobre el Congreso de los Diputados como tal, sus órganos, sus normas, etc.; sino que facilita una información de carácter funcional muy útil de cara a que los ciudadanos podamos conocer qué se hace en la Cámara, qué grado de participación en los trabajos parlamentarios tiene cada Diputado, cuáles han sido los argumentos para admitir o no a trámite una determinada proposición de Ley o Proyecto de Ley, o cuáles han sido los motivos que han llevado a un determinado Grupo Parlamentario a votar a favor o en contra de una determinada norma.

Sin olvidar la facilidad que nos ofrece esta página Web para que los ciudadanos podamos comunicarnos directa y personalmente con un Diputado concreto a través de su correo electrónico; y la posibilidad que nos da el “Canal Parlamento” de seguir en directo las intervenciones que se produzcan en el Pleno o en las Comisiones.

Todo ello acerca el Parlamento al ciudadano, permitiendo a éste tener una visión muy amplia y completa sobre el trabajo allí desarrollado y así, poder orientar de forma más adecuada, en su caso, el sentido de su voto en elecciones futuras.

El informador profesional como garante del derecho fundamental de acceso a la información pública

Pablo Fernández Fernández
Doctorando UCM

Todas las personas tienen derecho a solicitar y recibir información por parte de las Administraciones Públicas. Este derecho humano, derivado del genérico derecho a la información, no viene reconocido expresamente como tal en la Constitución Española (CE), ni el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos está debidamente regulado tal como ordena la remisión del artículo 105 del texto constitucional. Entre otras carencias, los artículos 37 y 38 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPA) que se refieren al acceso a documentos administrativos en España, no presentan una adecuada calificación de los sujetos del derecho al ignorar la labor del periodista como profesional de la información.

Información Pública

En nuestra Constitución se distinguen teóricamente el derecho “a recibir información” (art. 20.1.d) de otros derechos reconocidos como el de “ser informados de la acusación” (art. 24.1), el derecho a la información de los consumidores (art. 51.2) y el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (art. 105.b). La diferencia está, siguiendo la jurisprudencia constitucional, en que los derechos del artículo 20 reflejan el interés de todos en conocer los hechos de actualidad que puedan tener trascendencia pública, y por lo tanto condicionan la participación en la democracia y el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades (cfr. STC 168/1986, de 22 de diciembre). Por eso el derecho a recibir información veraz se ha incluido en lo que se ha denominado el “núcleo de la Constitución”³⁶⁵, es decir, entre los derechos a los que se quiere dar una mayor protección y pueden ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículos 14 a 30 CE), mientras que el acceso a los documentos administrativos se menciona en el Título IV Del Gobierno y de la Administración, de modo que traslada cualquier pretensión a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo los límites no son tan claros, y en muchas ocasiones el acceso al contenido de los documentos administrativos se convierte en un asunto de relevancia pública. Es en ese supuesto cuando el derecho de acceso a la información pública se inserta en el derecho fundamental a recibir información veraz, y la protección no se limita

³⁶⁵ Expresión de RUBIO LLORENTE recogida en VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, p. 319.

a la mera curiosidad, legítima y reconocida genéricamente, sino en el interés informativo del artículo 20, básico para la participación en una sociedad democrática.

Ante ese contenido cualificado las restricciones de acceso a la información pública resultan incoherentes con la transparencia que se predica de las actuaciones de los poderes públicos y sobre todo con la inmediatez que se requiere en su tratamiento informativo. Fuera de los casos afectados por los tres supuestos excepcionales que recoge la Constitución en su artículo 105 (secretos oficiales, secretos sumariales e intimidad) no se justifica la negativa a ejercer el derecho de acceso a expedientes que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno ajenas al Derecho Administrativo (cfr. art. 37.5.a LPA)

Se entiende que toda profesión tenga un ámbito de discrecionalidad en la gestión de su actividad específica, y que pueda mantener cierta reserva profesional en función de los objetivos del servicio que prestan con su labor. Así el médico antes de comunicar el diagnóstico de una enfermedad mortal considera las consecuencias emocionales o psicológicas sobre su paciente y estudia la forma y el momento de hacerlo. Lo mismo el abogado, cuando tiene que resolver un caso, traslada al cliente la información que este puede asumir y mantiene ocultos otros datos que según su criterio no aportan un conocimiento relevante. El arquitecto, el maestro, el cocinero, el mecánico... gozan de un margen de decisión en el que los consumidores confiamos, que es la técnica y el arte de su oficio, y que en cierto modo no tenemos porque inmiscuirnos salvo que nos sintamos defraudados por su servicio.

El Derecho Administrativo regula la actuación de los funcionarios y el acceso a la información que consta en documentos y expedientes administrativos. Sin embargo el ejercicio de la actividad política ajena a este proceso administrativo goza en principio de la discreción profesional. Además, si aplicamos este esquema a la actuación pública debemos contar con un nuevo factor que es el mandato representativo que cumplen los políticos electos en puestos de responsabilidad de las Administraciones Públicas. En efecto, los representantes políticos no cumplen un mandato imperativo, por el cual se pueda exigir en todo momento una actuación conforme al criterio de los votantes.

A pesar de ello la actuación política se basa en la confianza que han depositado en ellos y en cierto modo se deben a sus electores. Ante la toma de decisiones impopulares pero necesarias la solución no está en el secreto sino en la participación. Es difícil para un político justificar decisiones como la subida de los impuestos ante una crisis financiera, o la restricción de derechos en aras de una mayor seguridad, por más que sean necesarias para la sociedad, pero más difícil se presenta ignorar la clásica presunción jurídica que afirma *quod omnes tangit, ad omnibus tractari et approbari debet*. Es decir, lo que a todos afecta a de ser conocido por todos. Por eso el margen de discrecionalidad profesional disminuye para los políticos, y su actuación debe tener mayor transparencia que la de cualquier otra actividad, sin que podamos limitarla a la publicidad de las sesiones plenarias de las Cámaras (cfr. art. 80 CE). Cuando tratamos asuntos de interés público el Derecho ampara la publicidad de la información, siempre que se respete la seguridad y

defensa del Estado, el procedimiento de averiguación de los delitos y la intimidad de las personas (art. 105 CE)

Sujeto universal y sujeto cualificado

El objeto del derecho de acceso a la información pública viene delimitado por las coordenadas de la transparencia en la actuación pública y el interés en la información solicitada. Todos los ciudadanos podemos tener un interés legítimo, que puede ser la mera curiosidad, para solicitar el acceso a la información pública, y por lo tanto ser sujetos activos del derecho. Es el sujeto universal. Cuando esa información, además de ser pública por estar en poder de las Administraciones Públicas, afecte a los intereses públicos viene cualificada y permite establecer una distinción en cuanto a los sujetos del derecho de acceso. La relevancia pública de la información nos sitúa en el ámbito del artículo 20.1.d CE y por lo tanto en la órbita del trabajo del periodista o informador profesional, que hace del ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos su tarea específica. Es el sujeto cualificado.

Los “profesionales de la información”, en expresión de la Ley Orgánica 2/97, de 19 de junio reguladora de la Cláusula de Conciencia de los periodistas (LOCC), tienen un estatuto jurídico disperso en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico y en la actualidad se encuentra en trámite parlamentario una Proposición de Ley del Estatuto del Periodista Profesional (EPP) que recoge en un texto único sus derechos y deberes. Entre ellos se encuentra el de “acceso a las fuentes informativas” (art. 16 EPP) que incluiría el libre acceso de los periodistas debidamente acreditados a cualquier información recogida por las autoridades públicas que pueda contener datos de relevancia pública, con los límites expresados en la Constitución.

El trámite de la acreditación profesional está siendo objeto de acaloradas polémicas en la comisión parlamentaria que estudia la proposición del Estatuto para los periodistas. Sólo se resolverá cuando la decisión se adopte desde instancias profesionales y no políticas. Mientras se toma una decisión, en la práctica son las empresas las que acreditan hoy a los periodistas, con el riesgo que conlleva para la independencia de los informadores. De hecho pocas veces se invoca la cláusula de conciencia ante un cambio sustancial en la línea ideológica del medio o ante la elaboración de noticias contrarias a la ética profesional (art. 2 y 3 LOCC), porque la única protección es una indemnización por despido improcedente y a nadie le gusta quedarse en la calle aunque sea con dinero en el bolsillo.

La mención expresa de los profesionales de la información se justifica por la repercusión de su actividad en el derecho universal de acceso a la información pública. Podemos aplicar aquí la concepción teórica del profesor DESANTES que explicaba cómo el “profesional de la información será aquel que informa, no en el ejercicio propio del derecho a la información, que es universal, corresponde a todos y, por tanto, no es peculiar de nadie, sino el que informa en cumplimiento de un deber, el que satisface un derecho del público con una serie de actos profesionales que, en su más decantada

esencia, son actos de justicia”³⁶⁶. Así lo ha entendido también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al dotar a los periodistas de un derecho preferente en el acceso a la información cuando este se ve limitado por las condiciones de espacio, como sucede en la sala de vistas de un juicio oral (cfr. STC 30/92, de 1 de junio)

Un sujeto cualificado en nuestro Derecho es el investigador que acredite un interés relevante. La ley permite que formulen una solicitud genérica en lugar de la petición individualizada de los documentos que se quieren consultar exigida cuando el solicitante es un particular (cfr. art. 37.7 LPA). No sería ilógico por tanto establecer un derecho de acceso preferente para los profesionales de la información, privilegio más justificable si cabe que el de los investigadores al resultar de mayor trascendencia para el conocimiento efectivo de la información pública.

La labor profesional de los periodistas repercute en la eficacia del derecho de acceso universal pues con su trabajo hacen comprensible el conocimiento de la información, actuando como mediadores entre los funcionarios y los ciudadanos. Su actividad profesional no impide el acceso directo por cualquier solicitante a la información de que se trate. Lo mismo que podemos automedicarnos, preparar una receta de cocina, decorar nuestra casa o hacer nuestra declaración de la renta.... Sin embargo quizá prefiramos acudir a un profesional que nos sugiera qué medicamento tomar, que nos prepare un menú especial, nos haga un proyecto decorativo para el salón o nos aclare las cuentas con Hacienda.

El sujeto cualificado del derecho de acceso a la información pública puede colaborar en el proceso de difusión tanto desde la posición de solicitante de la información como generador de la misma. En su papel de solicitante conviene regular un acceso inmediato que no esté sometido a los requisitos formales ordinarios y a los plazos que ralentizan el proceso informativo, tan pegado a la actualidad. Como generador de información pública el informador profesional tiene cada vez más presencia en los gabinetes de comunicación de las oficinas administrativas y hace más accesible la información a los ciudadanos.

Sirvan dos ejemplos de gestión profesional de la información pública para destacar el papel de los informadores como puente de unión entre ciudadanos y funcionarios. En México existe el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), un órgano independiente que gestiona las solicitudes de información pública. En Madrid, la oficina de Atención al Ciudadano dispone de un sitio web dinámico y accesible (www.madrid.org) desde el que se informa de los asuntos gestionados por la Comunidad Autónoma. Ambas iniciativas son dirigidas por informadores profesionales que con su trabajo permiten el ejercicio efectivo y universal del derecho de acceso a la información pública.

³⁶⁶ DESANTES GUANTER, J. M.: *El futuro de los profesionales de la información*, Ediciones Universidad San Sebastián, Concepción, 1992, p. 31

Transparencia en la publicidad institucional de la Administración Pública

Dra. Esther Martínez Pastor
Universidad Rey Juan Carlos -Madrid
[*esther.martinez.pastor@urjc.es*](mailto:esther.martinez.pastor@urjc.es)

Introducción

La inversión publicitaria por parte de las Administraciones Públicas es un hecho. Los medios de comunicación han visto que los Entes Públicos son una gran fuente de ingresos publicitarios y, a mismo tiempo, la Administración anunciante se vale de la publicidad como medio para acercarse a sus ciudadanos. Sin embargo, este binomio de intereses ha traído numerosa jurisprudencia en torno al principio de igualdad y de transparencia.

Las sentencias más numerosas en torno a la publicidad institucional de las Administraciones Públicas son: de un lado, en las que se denuncian los contratos publicitarios que la Administración realiza a favor de determinados medios afines en detrimento de otros³⁶⁷ y, por otra parte, las sentencias relativas al solapamiento de publicidad institucional durante el periodo electoral³⁶⁸. En ambos casos el interés se centra en la gestión económica del erario público ya sea en los medios por los que se difunde el mensaje persuasivo ya sea por la finalidad que persiguen. Por ello, centraremos nuestra atención en la transparencia de las Administraciones Públicas. Es decir, si ésta comunica a sus ciudadanos la inversión publicitaria y de qué forma lo realiza.

Este estudio se realizará desde dos ámbitos: uno teórico y uno práctico. En el primer caso, se analizarán las normas para conocer qué disponen éstas sobre el principio de transparencia y de acceso respecto a la asignación publicitaria por parte de las Administraciones. Para ello, recurriremos tanto a la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional de carácter nacional como a las normas autonómicas vigentes en esta materia, a saber: Cataluña³⁶⁹, Valencia³⁷⁰, Aragón³⁷¹, Navarra³⁷², País Vasco³⁷³, Andalucía³⁷⁴ y Canarias³⁷⁵ que desde el año 1994 disponen de

³⁶⁷ Véase, STSJ Castilla-La Mancha núm. 531/2004, STSJ Comunitat Valenciana núm. 1773/2004, STSJ Extremadura núm. 1396/2004, STSJ Comunitat Valenciana núm. 801/2004, STSJ Comunitat Valenciana núm. 1773/2004, STSJ Extremadura núm. 1396/2004 entre otras.

³⁶⁸ Véase, STS 9 octubre 2006 y ATS de 6 julio 2006.

³⁶⁹ Véase, Ley 18/2000, de 19 de diciembre sobre publicidad institucional de Cataluña.

³⁷⁰ Véase, Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana.

³⁷¹ Véase, Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones públicas de Aragón.

³⁷² Véase, Orden Foral 1/2003, de 11 de noviembre, sobre directrices de contratación de la publicidad institucional de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

normas que regulan la publicidad institucional en sus comunidades. Y en el segundo caso, se realizará un análisis de campo en el que se acudirán a las distintas páginas web oficiales para constatar si los datos relativos al gasto publicitario son accesibles a los ciudadanos de hecho. En definitiva, conocer si el derecho se ajusta a la realidad.

Aproximación a las normas sobre publicidad institucional: nacional y autonómicas

Las leyes relativas a la publicidad institucional de la Administración Pública en España, como hemos adelantado anteriormente, tienen una naturaleza diferente: una es de carácter nacional y las otras son de índole autonómica.

Comenzaremos por la norma estatal. La Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional ha sido muy controvertida en su aprobación dado que ha sido la tercera de las propuestas llevada al Congreso de los Diputados. La primera Proposición no de Ley relativa a la publicidad institucional en la red fue presentada por el Grupo socialista en la Comisión de Ciencia y Tecnología propuesta no parlamentaria rechazada durante la sexta legislatura (1996-2000) y la segunda Proposición de Ley presentada por el Grupo parlamentario Federal de la Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya sobre publicidad institucional fue presentada por el Grupo Mixto sobre publicidad Institucional durante la séptima legislatura (2000-2004). Esta ley es pionera porque define que son las campañas institucionales de publicidad, a diferencia de las autonómicas, y delimita como sujeto anunciante la Administración General del Estado y las demás entidades integradas del sector público estatal³⁷⁶. Su objeto de regulación se centra en las campañas de publicidad y comunicación institucional excluyendo otras modalidades de publicidad como son la comercial, la electoral, publicidad legal, entre

³⁷³ Véase, Norma Foral 2/1994, de 6 abril del País Vasco.

³⁷⁴ Véase, Ley 6/2005, de 8 de abril, que regula la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía.

³⁷⁵ Ley 2/2007 de 9 de febrero, reguladora de las campañas institucionales realizadas por los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y por las restantes entidades comprendidas en el sector público autonómico canario.

³⁷⁶ Los Ministerios existentes son: Presidencia del Gobierno, Ministerio de Administraciones Públicas, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio de Cultura, Ministerio de Defensa, Ministerio de Economía y Hacienda, Ministerio de Educación y Ciencia, Ministerio de Fomento, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Ministerio de Medio Ambiente, Ministerio de la Presidencia, Ministerio de Sanidad y Consumo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Ministerio de Vivienda y sus correspondientes entidades dependientes.

otras, tal como indican los artículos 1.2³⁷⁷ y 10³⁷⁸. En este estudio nos limitaremos a estudiar las campañas de publicidad institucional dejando de lado las de comunicación.

La Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional expresa claramente que son las campaña institucional de publicidad, a diferencia de las autonómicas, y dice así “toda actividad orientada y ordenada a la difusión de un mensaje u objetivo común, dirigida a una pluralidad de destinatarios, que utilice un soporte publicitario pagado o cedido y sea promovida o contratada por los sujetos anteriormente enunciados, artículo 2.a)” Las características principales de la publicidad institucional son: el sujeto anunciante que es público, el mensaje difundido en soportes publicitarios pagados o cedidos y dirigido a una pluralidad de destinatarios. Se excluyen de esta norma nacional la publicidad que tenga fines comerciales³⁷⁹ y las disposiciones normativas, resoluciones y actos administrativos o judiciales y demás informaciones sobre las actuaciones públicas que deban publicarse o difundirse por mandato legal, artículo 1.2 y 1.3. El objeto de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional es promover, informar, difundir y advertir a los ciudadanos de asuntos de

377 Artículo 1.2. Esta Ley no será de aplicación a las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen los sujetos enumerados en el apartado anterior en el cumplimiento de los fines que les son propios. 1.3. Quedan excluidos de la aplicación de esta Ley todas las disposiciones normativas, resoluciones y actos administrativos o judiciales y demás información sobre las actuaciones públicas que deban publicarse o difundirse por mandato legal.

378 Artículo 10. En perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, los poderes públicos y las entidades a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley, se abstendrán de realizar campañas institucionales en período electoral, entendiéndose por tal el lapso temporal comprendido entre la convocatoria de elecciones y el día mismo de la votación, con las siguientes excepciones: a) Las expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las demás previstas en el artículo 50.1 de la LOREG. b) Las que puedan resultar imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos.

³⁷⁹ Mientras que la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad dispone que la publicidad es aquella comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el ánimo de que se realiza una contratación. Esta norma omite otras modalidades publicitarias como: la social, en aras de interés general; la publicidad electoral, que dispone de su propia norma respecto a las campañas electorales en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; la publicidad política o propaganda que trata de seducir y convencer de ideas lejos de llegar a ninguna contratación y no se limita al periodo electoral como la anterior; y, por supuesto, la publicidad institucional de las Administraciones Públicas que velan por informar, fomentar y prevenir sobre cambios, refuerzo y creación de nuevas actitudes en sus ciudadanos para una pacífica convivencia. En este sentido entendemos que La Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional es pionera porque va más allá que la Ley General de Publicidad centrándose en un emisor concreto con unas necesidades de comunicación determinadas.

interés general como normas jurídicas, medidas de orden y seguridad públicos, patrimonio nacional o daños para la salud pública entre otros, artículo 3. Tal como afirmaba Desantes “informar el promover la participación” (Desantes: 31). En definitiva, las administraciones deben contar con el ciudadano e informarle de sus acciones y para ello “las campañas se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto”, artículo 3.4. La transparencia es sinónimo de lo “claro” de lo “evidente” y esto implica que si la Administración no quiere ser opaca debe ofrecer al ciudadano el derecho a la información de sus inversiones publicitarias de manera que “este tome parte activa en las tareas políticas” (Escobar de la Serna, 78) como un derecho social. Para ello se ha creado una Comisión de Publicidad y comunicación institucional³⁸⁰ adscrita al Ministerio de la Presidencia cuyo cometido es la planificación, asistencia técnica, evaluación y coordinación de las actividades de publicidad y comunicación de la Administración General de Estado de cuyos informes anuales se publican aras del principio de transparencia.

De igual forma en las normas autonómicas este principio está presente. La Ley 2/2007 de 9 de febrero, reguladora de las campañas institucionales realizadas por los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y por las restantes entidades comprendidas en el sector público autonómico canario dispone en el artículo 1.4 que la ley debe ajustarse al principio de transparencia en relación con el gasto. En esta sentido la transparencia se vincula con el desembolso económico en publicidad para evitar excesos. La Ley 6/2005, de 8 de abril, que regula la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía dice en su artículo 4.4. que “en todo caso deberá garantizarse la libre concurrencia, así como la transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos”. En principio de transparencia se asocia nuevamente al gasto económico derivado de la publicidad realizada por la Administración. Además, esta comunidad ha promulgado el Decreto 29/2006, de 7 de febrero, por el que se desarrollan medidas de transparencia previstas en la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía³⁸¹ en la que se obliga a la Junta de Andalucía y a sus entes dependientes a que se publiquen en sus páginas web los adjudicatarios de los contratos publicitarios durante el ejercicio presupuestario para una mayor transparencia como en la legislación nacional.

La Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones públicas de Aragón el preámbulo indica que: “La relación que se establece entre las administraciones y los medios de comunicación social ha de realizarse

³⁸⁰ Véase los artículos del 11 al 15 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional y el Real Decreto 947/2006, de 28 de agosto en los que se indica en qué consiste y los miembros que la componen.

³⁸¹ Véase http://www.juntadeandalucia.es/turismocomercioydeporte/ctcd-docs/custom_doc_/102_cd29_2006_public_insitut.pdf [28_05_07]

con la máxima transparencia y respeto a la igualdad de oportunidades”. La transparencia se refiere a la relación entre la Administración y los medios que soportan la publicidad de aquélla. La Administración debe ser equitativa en cuanto al gasto en publicidad entre las diferentes líneas editoriales evitando favorecer sólo a aquellas que son de su misma ideología.

La Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana en su articulado no incluye este principio de forma explícita pero sí lo recoge en el preámbulo cuando dispone que: “Las relaciones entre los poderes públicos y los medios de Comunicación social que se establecen con motivo de la publicidad institucional deben caracterizarse, de conformidad con los principios constitucionales, por la transparencia y el respeto a la igualdad de oportunidades (...). Desde 1995, la actuación de la Generalitat se ha venido caracterizando, en cambio, por un reparto equitativo en la de la publicidad conforme a la legalidad vigente, actuando en todo momento con criterios de transparencia y igualdad”. En esta norma como en la anterior el principio de transparencia se debe entender como un gasto que ha de aplicarse de igual manera en todos los medios de comunicación evitando que haya una restricción en el pluralismo informativo.

La Orden Foral 1/2003, de 11 noviembre, sobre directrices de contratación de la publicidad institucional de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y la Ley 18/2000, de 19 de diciembre sobre publicidad institucional de Cataluña no expresan el principio de transparencia pero se interpreta que es inspirador en sendas normas. La Administración tiene la obligación de realizar un gasto publicitario cuando se requiera un interés general y repartido entre los medios de comunicación en igual proporción evitando favoritismos.

Mientras que la Norma Foral 2/1994, de 6 abril del País Vasco es de aplicación a la distribución de la publicidad institucional en la prensa escrita a diferencia del resto indica en el preámbulo que: “Garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, el derecho a una información veraz, los principios de publicidad y transparencia que deben regir en la actuación de las Administraciones Públicas y los principios comunitarios de libre competencia...” conviene resaltar de esta norma que [Cuadro 1].

LEY

ARTÍCULO/PREÁMBULO

**SIGNIFICADOS DEL
PRINCIPIO DE
TRANSPARENCIA EN EL
ARTICULADO**

Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional [estatal].

Artículo 3.4.: “las campañas se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, **transparencia**, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto”

Transparencia =gasto

Ley 2/2007 de 9 de febrero, reguladora de las campañas institucionales realizadas por los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y por las restantes entidades comprendidas en el sector público autonómico canario.	1.4. Las campañas institucionales se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia , eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto.	Transparencia =gasto
La Ley 6/2005, de 8 de abril, que regula la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía .	Artículo 4.4. “En todo caso deberá garantizarse la libre concurrencia, así como la transparencia , eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos”.	Transparencia= asignación de recursos = gasto
La Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones públicas de Aragón	Preámbulo: “La relación que se establece entre las administraciones y los medios de comunicación social ha de realizarse con la máxima transparencia y respeto a la igualdad de oportunidades”.	Transparencia= asignación del gasto a medios de comunicación
La Ley 7/2003, de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad Valenciana	Preámbulo: “Las relaciones entre los poderes públicos y los medios de comunicación social que se establecen con motivo de la publicidad institucional deben caracterizarse , de conformidad con los principios constitucionales, por la transparencia y el respeto a la igualdad de oportunidades (...) reparto equitativo en la de la publicidad conforme a la legalidad vigente, actuando en todo momento con criterios de transparencia y igualdad”	Transparencia= asignación del gasto a medios de comunicación
Norma Foral 2/1994, de 6 abril del País Vasco	Preámbulo: “Garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, el derecho a una información veraz, los principios de publicidad y transparencia que deben regir en la actuación de las Administraciones Públicas y los principios comunitarios de libre competencia...”	Transparencia= asignación del gasto a medios de comunicación
Orden Foral 1/2003, de 11 noviembre, sobre directrices de contratación de la publicidad institucional de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra	No expresa	No expresa
Ley 18/2000, de 19 de diciembre sobre publicidad institucional de Cataluña	No expresa	No expresa

Cuadro 1: El principio de transparencia en la norma estatal y normas autonómicas relativas a la Publicidad Institucional. Fuente propia

Transparencia en la publicidad institucional

De acuerdo con Moreu la transparencia “es uno de esos principios de moda copiosamente mencionados en las normas más recientes, aunque apenas se define ni tiene un significado unívoco. Por la profusión con que se utiliza y lo recurrente que resulta en voces de legisladores, gobernantes y políticos, da la impresión de que la transparencia es un principio eminentemente formal, vacío de contenido preciso” (Moreu: 65). Sin embargo, el resultado de las normas anteriormente analizadas muestra que la Administración Pública hace alusión a la transparencia para acercarse a sus ciudadanos a través de una comunicación publicitaria y alejarse del secretismo en las políticas públicas (Moreau, 64). Es decir, las Administraciones Públicas quieren hacerse visibles a sus ciudadanos. El acceso a la información es una manera de ser transparentes y no limitarla al artículo 105 b) de nuestra Carta Magna inspirador de este principio a los archivos y registros administrativos sino a la propia gestión de la Administración Pública. Por ello, en esta segunda parte analizaremos si de acuerdo con el principio explícito o inspirador de las descritas anteriormente la Administración hace público a sus ciudadanos la cantidad invertida en publicidad institucional. Para esto, recurriremos a las webs del Ministerio de la Presidencia para analizar la ley nacional y a las restantes comunidades autónomas que disponen de esta norma: Gobierno de Canarias, Generalitat de Cataluña, Comunidad de Valencia, Comunidad de Aragón, Comunidad Foral de Aragón, Gobierno del País Vasco y Junta de Andalucía.

El resultado ha sido que solo las páginas webs del Ministerio de la Presidencia y de la Junta de Andalucía muestra un informe sobre publicidad institucional. El resto de Comunidades Autónomas omiten este dato o la ubicación del documento si existiera no es fácilmente accesible [Cuadro 2].

ÓRGANO	DIRECCIÓN WEB	DOCUMENTO DE TRANSPARENCIA
Ministerio de la Presidencia	http://www.la-moncloa.es	Planes Anuales de Publicidad institucional 2007 y 2006
Generalitat de Cataluña	http://www.gencat.net	No se ha encontrado ningún informe
Comunidad Valenciana	http://www.gva.es	No se ha encontrado ningún informe
Comunidad de Aragón	http://portal.aragob.es	No se ha encontrado ningún informe
Comunidad Foral de Navarra	http://www.navarra.es	No se ha encontrado ningún informe
Gobierno de País Vasco	http://www.euskadi.net	No se ha encontrado ningún informe
Junta de Andalucía	http://www.juntadeandalucia.es	Informe del primer semestre 2007
Gobierno de Canarias	http://www.gobcan.es/	No se ha encontrado ningún informe

Cuadro 2: Informes sobre la inversión publicitaria en las webs institucionales Fuente propia

En el Ministerio de la Presidencia está publicado el Plan anual de la Publicidad Institucional del año 2006 y 2007 que indican las previsiones en publicidad por Ministerios, número de campañas y el presupuesto, véase a continuación [Cuadros 3].

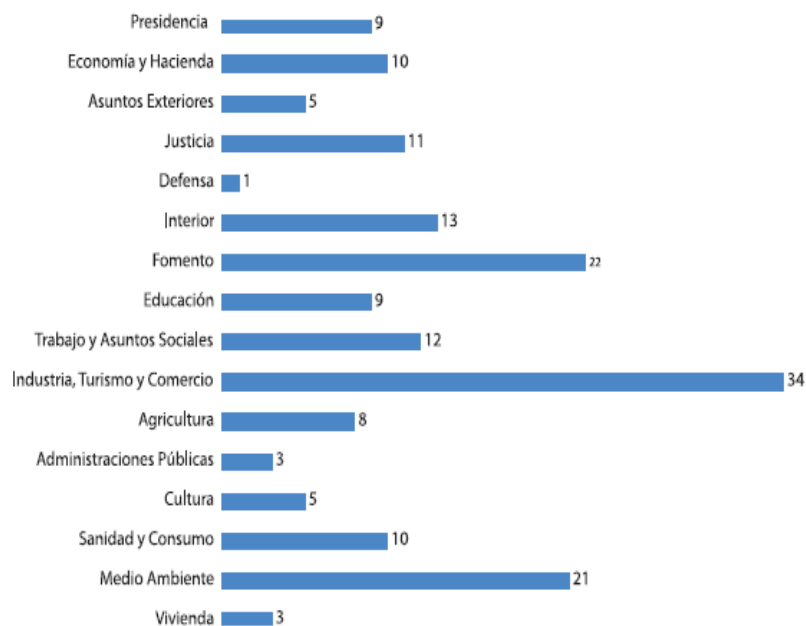
NÚMERO DE CAMPAÑAS

Ministerio	Institucionales	Porcentaje
Presidencia	9	5,1
Economía y Hacienda	10	5,7
Asuntos Exteriores	5	2,8
Justicia	11	6,3
Defensa	1	0,6
Interior	13	7,4
Fomento	22	12,5
Educación	9	5,1
Trabajo y Asuntos Sociales	12	6,8
Industria, Turismo y Comercio	34	19,3
Agricultura	8	4,5
Administraciones Públicas	3	1,7
Cultura	5	2,8
Sanidad y Consumo	10	5,7
Medio Ambiente	21	11,9
Vivienda	3	1,7
TOTAL	176	100

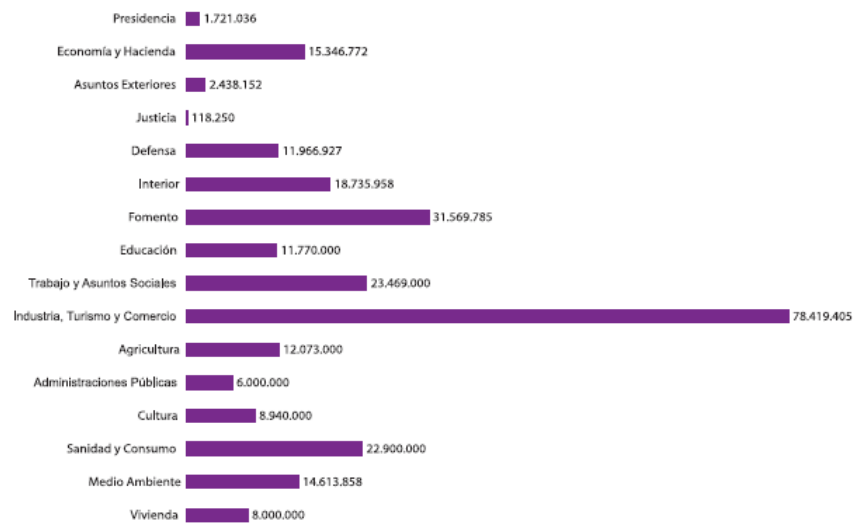
INVERSIÓN EN EUROS

Ministerio	Institucionales	Porcentaje
Presidencia	1.721.036	0,6
Economía y Hacienda	15.346.772	5,7
Asuntos Exteriores	2.438.152	0,9
Justicia	118.250	0,0
Defensa	11.966.927	4,5
Interior	18.735.958	7,0
Fomento	31.569.785	11,8
Educación	11.770.000	4,4
Trabajo y Asuntos Sociales	23.469.000	8,8
Industria, Turismo y Comercio	78.419.405	29,3
Agricultura	12.073.000	4,5
Administraciones Públicas	6.000.000	2,2
Cultura	8.940.000	3,3
Sanidad y Consumo	22.900.000	8,5
Medio Ambiente	14.613.858	5,5
Vivienda	8.000.000	3,0
TOTAL	268.082.143	100

Número de campañas



Presupuesto (en Euros)



Y en la Junta de Andalucía se ha publicado la relación de contratos, convenios, ayudas y subvenciones en materia de Publicidad Institucional así como cada Consejería muestra los datos relativos a sus competencias [Cuadro 4].

JUNTA DE ANDALUCIA

CONSEJERIA DE LA PRESIDENCIA

RELACIÓN DE CONTRATOS, CONVENIOS, AYUDAS Y SUBVENCIONES EN MATERIA DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL

PERIODO : 19/04/2005 A 31/08/2007

TIPO-FECHA	OBJETO	ADJUDICATARIO	CUANTIA
Contrato 2005	Realización de trabajos específicos y puntuales de presencia institucional en los medios	Plural Asociados, SL	900.000,00 €
Contrato 2005	Servicio de Noticias Nacional, Internacional., Andaluz, provincial y Otro Press	Europa Press Delegaciones, S.A	298.680,24 €
Convenio 2005	Difusión "Obras Completas de Cervantes por el Diario La Opinión de Málaga	La Opinión de Málaga, S.L.U	67.392,00 €
Convenio 2005	Difusión "Concurso de Fotografía Almería 2005", por el diario Ideal	Corporación de Medios de Andalucía, S.A.	33.999,78 €
Convenio 2005	Difusión "Obras Completas de Cervantes" por el diario La Opinión de Granada	La opinión de Granada, S.L.U.	43.200,00 €

Cuadro 4: Relación de contratos, convenios, ayudas y subvenciones en materia de Publicidad Institucional

Fuente: <http://www.juntadeandalucia.es>

Conclusiones

1. El principio de transparencia está presente de forma explícita en todas las normas relativas a la Publicidad Institucional a excepción de la norma Foral de Navarra y de la ley catalana, aunque en ambas normas se entiende que se da como principio inspirador de las normas.
2. El principio de transparencia en las normas que lo incluyen expresamente se vincula con dos aspectos: la asignación del gasto y el fomento del pluralismo informativo.
3. La transparencia de facto se da cuando las Administraciones publican la inversión de la publicidad institucional. En el estudio analizado sólo se constata este dato en el Ministerio de la Presidencia que muestra la inversión a nivel nacional y en la Junta de Andalucía que publica los contratos y la cuantía de la inversión publicitaria relativos a su territorio, además, cada consejería dependiente a la Junta tiene un informe relativo a sus contratos en esta materia como sanidad o turismo.

Bibliografía

- De la Cuesta Rute, J.M. (2002): *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Navarra.
- Escobar de la Serna, L. (2004): *Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid.
- García Inda, A.: “Régimen jurídico de la actividad de las administraciones Públicas”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 12, enero-abril 2001, pp.151-169.
- García López, M. (2001): *Publicidad institucional: el estado anunciante*, Universidad de Málaga, Málaga.
- Moreu Carbonell, E. (2005): *La administración Anunciante*, Aranzadi, Navarra.
- Santaella, M. (2003): *Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid.

Sumario

Presentación	3
Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva <i>Coordinador- manuels@ccinf.ucm.es</i>	
Un derecho fundamental a acceder a la información pública	7
Dr. Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva <i>Profesor Titular de Universidad de Derecho Constitucional</i> <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	
Introducción.....	7
Acceso a.....	7
Información pública.....	10
La transparencia de la acción de Estado.	13
De la confidencialidad administrativa a la transparencia.....	13
El principio de transparencia	16
Tipos de acceso.....	17
Las restricciones por el interés general y por el interés particular	18
Valoración del párrafo b del artículo 105 de la Constitución Española	18
El derecho de acceso a la información como derecho fundamental.	31
Cambio de perspectiva.....	31
Catálogo abierto y dinámico de derechos	32
Técnicas de ampliación de los derechos fundamentales	34
La universalidad en el acceso y derecho de los periodistas.....	39
Apoyatura constitucional del derecho de acceso.....	40
Relatoría de conferencias miércoles 27 de junio de 2007 a las 10 horas	42
Paz García-Poggio Baeza <i>Profesora Sección Dptal Derecho Constitucional</i> <i>Facultad de Ciencias de la Información – UCM</i>	
Normativa y realidad europea en el acceso a la información La evolución del derecho de acceso a la información y su relevancia para España	44
Helen Darbishire <i>Directora Ejecutiva de Access Info Europe Gran Bretaña</i>	
Breve historia de un derecho – la iniciativa Sueca	44
Europa Oriental – la iniciativa Húngara	45
América Latina – la revolución Mexicana.....	47
Reconocimiento Constitucional – El ejemplo Noruego.....	48
Normas Internacionales – el Caso Claude Reyes vs. Chile	49
La realidad española y la futura	51
Relatoría de conferencias miércoles 27 de junio de 2007 a las 12 horas	53
Irene Rodríguez García	

Derecho de acceso a la información y transparencia: herramientas necesarias para la democracia en una sociedad abierta 55

Carlos Cordero Sanz

Director de Sustentia www.sustentia.com

La transparencia un valor en sí mismo	55
El Derecho de Acceso a la Información	58
La transparencia, una de las reglas de la democracia	59
La transparencia y el derecho a la información instrumentos de prevención de la corrupción.....	61
Diferencia entre comunicación y rendición de cuentas	62
Nueve principios para una ley de acceso a la información.....	64

Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos 68

Dr. Lorenzo Cotino Hueso

Profesor Titular de Universidad de Derecho Constitucional

Universitat de Valencia

A modo de introducción. Una Ley que no ha regulado el acceso electrónico a la información pública frontal y globalmente	68
La administración electrónica es en muy buena medida información electrónica.....	68
Pero esta Ley ha renunciado a regular frontalmente el acceso a la información pública.....	70
Acceso a la información a través del derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración (artículo 6. 1º)	74
El derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la LRJAP	75
El artículo 35 e) LRJAP del derecho de acceso a registros y archivos, en buena medida está reconocido por el artículo 6. 2º e) LAE.....	76
El derecho del artículo 35 b) LRJAP a identificar a autoridades y personal	78
El derecho del artículo 35 g) LRJAP a obtener información y orientación sobre requisitos a proyectos, actuaciones o solicitudes, sólo está parcialmente reconocido de forma expresa en el artículo 6. 3º LAE	79
El derecho a relacionarse para “obtener informaciones” y “realizar consultas” por medios electrónicos	79
El derecho a realizar consultas y el derecho al efectivo contacto electrónico	82
Acceso a la información pública reconocido a través de algunos de los derechos reconocidos en el apartado 2º del artículo 6 LAE	83
El derecho a conocer electrónicamente el estado de los procedimientos, electrónicos o no.....	83
El derecho obtener copias electrónicas de los procedimientos, dígame, a acceder al expediente	85
Dos premisas para el acceso a la información: la conservación de los documentos y la seguridad de la información	87
El acceso a la información sobre establecimiento de actividades de servicios del artículo 6. 3º LAE.....	91
Mención particular sobre la lengua y el lenguaje de la información a la que se accede	94
Al respecto del lenguaje sexista	94
La lengua de la información pública a la que se accede y la Disposición adicional sexta.....	95

El derecho de acceso a la información pública en España: Una víctima de la sensibilidad políticamente correcta.....97

Dr. José Luis Dader

Catedrático de Periodismo Universidad Complutense

La coartada falaz de la defensa de la intimidad y la privacidad	98
El equilibrio posible entre protección privada y fiscalización pública	101
El caso español	104
Caos, ambigüedades y restricciones del derecho español en materia de acceso a la información pública	105
El esperpento del 'Censo Promocional'	110
Denuncia de maltratadores y publicidad de sentencias judiciales	112
Reflexiones finales: La fascinación periodística española por el mito del Gran Hermano y la miopía general ante la debilidad ciudadana frente al abuso institucional	118
Referencias	119

Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública122

Dr. Severiano Fernández Ramos

Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de Cádiz

El derecho de acceso a la información pública como derecho ciudadano es siempre un derecho de creación legal.....	122
Ley que debe garantizar un contenido mínimo, de modo que el Reglamento desempeñe un papel estrictamente secundario	122
Pero la Ley no es suficiente para implantar el derecho de acceso	124
El Estado español es competente (y responsable) para aprobar una Ley de acceso a la Información.....	124
Pero también son competentes (y responsables) las Comunidades Autónomas.....	126
Y no debe olvidarse la capacidad normativa de las Entidades Locales.....	127
Pero no sirve la Ley de Procedimiento Administrativo sino que ha de tratarse de una Ley especial.	128
Una Ley de Acceso a la Información coordinada con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.	129
...Y coordinada también con la legislación sobre archivos públicos.	131
La necesidad de una autoridad independiente para garantizar la aplicación de la Ley.....	133

Necesidad de una ley española de acceso a la información pública136

Eugenio Ribón Seisdedos

Abogado CEACCU

El derecho a la información de los consumidores como mandato constitucional.	136
El derecho a la información de los consumidores y usuarios en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....	138

El derecho al acceso de las asociaciones de consumidores y grupos interesados a los medios de comunicación social de titularidad pública.	140
El derecho de acceso a la información del procedimiento administrativo.	141
El derecho de acceso a la información judicial.	147
Sobre la necesidad de una ley española de acceso a la información pública.....	152
Eva Moraga Guerrero <i>Abogada- Access Info Europe www.access-info.org</i>	
Relatoría sobre el derecho de acceso a la información en Chile.....	158
Dra. M^a Isabel Serrano Maillo <i>Profesora Titular Interina de Derecho de la Información</i> <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	
Transparencia y tratamiento de datos personales en Chile. Cuestiones Pendientes.....	160
Lorena Donoso Abarca <i>Directora del Centro de Derecho Informático Universidad de Chile</i>	
La transparencia en las bases de la institucionalidad nacional. Análisis desde los derechos de las personas.....	160
El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública	166
Las falencias de la legislación Chilena de Tratamiento de Datos Personales, de cara a la transparencia de la información pública	169
Transparencia y protección de datos como factores críticos de éxito del una estrategia de Gobierno electrónico	171
A modo de conclusión. La implementación de la normativa de transparencia a través de un trabajo Multidisciplinario.....	176
Chile y el Derecho de Acceso a la Información. Notas sobre problemas prácticos y gestión del conocimiento	178
Carlos Reusser Monsálvez <i>Coordinador Académico del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.</i>	
La reforma constitucional de 2005	178
Problemáticas comunes	180
La gestión del conocimiento en la administración pública, base de la administración electrónica.....	180
La infraestructura tecnológica y los principios	182
Conclusión.....	184

Acceso a la información. Su implementación en el Congreso Nacional de Chile....186

Patricia Reyes Olmedo

Coordinadora Área Innovación de la Biblioteca del Congreso de Chile

Democratización del acceso a la Información Legislativa. Hacia un modelo de Parlamento Digital	186
Función y valor de la información de dominio público	187
Interés ciudadano en la actividad del Parlamento	189
Participación ciudadana y transparencia legislativa	190
Estatuto de la transparencia del Congreso Nacional	190
Hacia un Parlamento Digital. Transparencia de la Información Legislativa	192

Normas y casos sobre libre acceso de los ciudadanos y de los medios de comunicación a las fuentes de información pública195

Dr. Damián Loreti

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Sociales

Universidad de Buenos Aires- Argentina

Acceso a la información pública en México.....216

Francisco Ciscomani Freaner

Instituto Federal de Acceso a la Información Pública- México

Antecedentes	216
Objetivos de la Ley federal de transparencia y Acceso a la Información pública gubernamental.....	217
Principios rectores de la LAI	218
Sujetos obligados por la LAI	218
Obligaciones de transparencia	220
Procedimientos previstos en la LAI.....	220
Medios de impugnación.....	224
Autoridad en materia de acceso	227
Información reservada y confidencial.....	228
Responsabilidades y sanciones.	228
Situación del derecho de acceso a la información en México.....	229
Consideraciones finales.	230

El acceso a la información pública como derecho fundamental. El caso mexicano231

Dr. Héctor Pérez Pintor

Coordinador del Centro de Investigaciones Jurídicas

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo- México

La apuesta de la Comunidad de Madrid por unos servicios públicos de calidad... 236

Ángel Conde Gómez

Subdirector Gral. de Atención al Ciudadano.

Comunidad de Madrid

Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿Dónde está el límite? 238

Raúl Arrieta Cortés

Universidad Central de Chile Magíster (c) en Derecho Público,

Universidad de Chile

Resumen	238
El acceso a la información pública	238
La protección de datos personales	243
¿Dónde está el límite?	244
Consideraciones finales	247
Bibliografía	248

El acceso a la información pública y su control político 249

Dr. Fernando Ramos Fernández

Profesor Titular de Universidad

Universidad de Vigo

"El secreto se considera la base un gobierno sólido"	249
Las instituciones públicas y los ciudadanos	250
La libertad de acceso al conocimiento público	252
Limitaciones indiscriminadas al derecho a saber	253
El acceso a la información pública en el mundo occidental	257
Situación por países	257
España	257
Dinamarca	258
Estados Unidos	258
Francia	259
Reino Unido	260
Japón	261
El ámbito de lo local, la inmediatez al ciudadano	262
Los gabinetes de prensa de las instituciones: el ámbito de lo local y su eficacia	263
Comunicación, responsabilidad política y atención al ciudadano	264
Referencias bibliográficas.	266

El acceso de información de los ciudadanos a través de la página web del Congreso de los Diputados	267
Dra. M^a Isabel Martín de Llano	
<i>Profesora de Derecho Constitucional</i>	
<i>Universidad Nacional de Educación a Distancia- España</i>	
Introducción.....	267
La página Web del Congreso de los Diputados.....	268
Actualidad.....	268
Diputados.....	269
Grupos.....	270
Órganos.....	271
Información.....	271
Enlaces.....	272
Iniciativas.....	272
Publicaciones.....	274
Internacional.....	275
Servicios documentales.....	276
Conclusiones.....	280
 El informador profesional como garante del derecho fundamental de acceso a la información pública.....	281
Pablo Fernández Fernández	
<i>Doctorando UCM</i>	
Información Pública.....	281
Sujeto universal y sujeto cualificado	283
 Transparencia en la publicidad institucional de la Administración Pública	285
Dra. Esther Martínez Pastor	
<i>Profesora Universidad Rey Juan Carlos -Madrid</i>	
<i>esther.martinez.pastor@urjc.es</i>	
Introducción.....	285
Aproximación a las normas sobre publicidad institucional: nacional y autonómicas ..	286
Transparencia en la publicidad institucional	291
Conclusiones.....	295
Bibliografía.....	295
 Sumario.....	296